BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXI
G
30
NAPOLI

Digitized by Google

GERARDI NOODT,

NOVIOMAGI,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OPERUM OMNIUM

TOMUS II.

CONTINENS

COMMENTARIUM

IN D. JUSTINIANI,

SACRATISSIMI PRINCIPIS,

LIBROS XXVII

DIGESTORUM

SIVE

PANDECTARUM,

Juris enucleati ex omni vetere Jure collecti,

ADHUC INEDITUM,

Præterquam ad libros priores IV.

LUGDUNI BATAVORUM,

Apud JOHANNEM VANDER LINDEN, JUNIOREM.

MDCCXXIV.

Digitized by Google

GERARDI NOODT

In poſteriorem Commentarii editionem ad

ERUDITUM LECTOREM

PRÆFATIO.

QUem in honorem tuum, Erudite Lector, omniumque Juriſprudentiam bona fide amantium, hujus ſeculi anno xv evulgavi Commentarium in quatuor priores libros Pandectarum ſive Digeſtorum Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti a D. Juſtiniano, Sacratiſſimo Principe, eum Commentarium exiguo admodum tempore abſolvi, ſic ferentibus rebus meis. Ejus nunc ecce ſecundas curas: quibus volui, aliquod illi adjicere novum decus: ſimul pluribus Veterum locis majus aut ante non animadverſum præferre lumen. ſi placuit prior labor, coarctatus intra quatuor illos libros; non diſplicebit præſens, uſque ad octavum & vigeſimum porrectus. conſilium erat, præter hos, etiam reliquos uſque ad finem pari cura & diligentia exponere, emendare, reſtituere. ſed dum hoc meditor; mihi evenit, quod pleriſque. plus ſperavi de facultatibus meis, quam in his eſt. nimirum blandiebantur mihi indultæ Divina benignitate vires aliquanto firmiores, quam illa ætate ſint aliorum. ne habebam quidem queri aut de vigore qualis qualis mei judicii, aut de fide memoriæ, ſubſidiis illi fini opportunis & neceſſariis. gaudebam: viſus, his ſalvis, quæ deſtinavi, abſoluturus omnia. Sed o ſpes fallaces! cum mihi ſuppeterent illa Naturæ bona, nec eſſet quid magis in votis, quam pro portione longius pleniuſque conſulere egregio publico literarum; tandem me deprehendit ſenectus non procul ab anno octuageſimo: monens jam indies magis ac magis, ne procedam ultra librum ſeptimum & vigeſimum. Eo perveni. quid reſtat? niſi ut cedam ego fatigantibus me ſtudiis quibus ante oblectabar. tu vero patiaris, me facere ſcribendi finem: quaſi in hoc genere ſatis patriæ Priamoque dato. quid, ſi nec deërunt huic ſeculo homines, ingenio & doctrina nobiles: qui excitati ſtudio veræ laudis Opus cœptum nova induſtria forſan felicius executuri ſint. Tu interim, Erudite Lector, ſi mea Tibi profuit mediocritas: primum agito gratias Deo Optimo Maximo cujus beneficio ei ſuffeci hactenus. deinde ne deſinito favere mihi qui Tibi ultra quinquaginta annos ſcribendo aut docendo bene facere ſtudui. Vale. Dabam Lugduni Batavorum anno Domini MDCCXXIV.

GERARDI NOODT

In priorem Commentarii editionem

PRÆFATIO.

ETſi complures homines & dignitate & doctrina eximii, credo, amantes mei, ſæpe a me efflagitaverint; ut ad D. Juſtiniani, Sacratiſſimi Principis, Digeſta ſive Pandectas Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti, aliquem meo ingenio componerem Commentarium: tamen ut facerem, numquam a me impetrari, paſſus ſum: cauſatus, eſſe rem magni & animi & operis; deſiderare vero eruditionem copioſam; tum judicium par materiæ, Artem ampliſſimam libris quinquaginta complexæ. Verum quod deprecatus fui, integra ætate: quod mirere, flexa aggredior prope ultro, poſtquam conſtitueram facere ſcribendi finem. Nimirum a juventute aſſuetus vero labori, non diu ſuſtinui, ſenectutem, qua, Dei beneficiò, fruor felice, & vacua ab ejus incommodis, ignavo otio tranſigere, ſpecie quietis. certe metui, committere; ne pergerem, pro portione in commune conferre, quidquid quali quali lectionis meditationiſve meæ uſu poſſit ad aliquorum commodum fructumve pertinere. Ea igitur motus verecundia, quod ceperam conſilium, muto: ſumens commentandi initium a prima Digeſtorum ſive Pandectarum parte, quatuor libris comprehenſa: mox cæteros quoque, ſi Deus ſinet, expliciturus. Sic vero me in præſentiarum compoſui; ne ingreſſus vulgare iter, demum aliena ſequerer veſtigia; ſed aliquid induſtriæ vel meæ vindicarem. Hunc in finem attigi pleraque Veterum Fragmenta: atque ut ſunt non unius temporis, neque unius ſectæ, neque unius generis, amplius nullo poſita ordine, aliquando fugitiva, ſæpe abrupta, etiam vitiata atque interpolata, paſſim obſcura ac perplexa: ita illis aliter atque aliter conſului; prout hiſtoria temporis, aut progreſſus Juris, etiam uſus Latini ſermonis, & Inſcriptionum legum ſingularum opportunitas fideſque, tum conſtantia vacillatiove manuſcriptorum editorumve librorum, aut alioquin prudens & neceſſaria emendatio interpunctiove, in primiſque facti ſpecies, ſuaderent. Idemque aut ſimile circa Imperatorum Reſcripta & Conſtitutiones in Codice obſervavi. Nam de Edicti perpetui reſtitutione atque interpretatione, cujus præcipuam habui curam, cæteraque quam præterea tenui via, nihil addo: arbitratus, melius apparituram ipſius lectione Operis, & duabus Diſſertationibus: una De civili prudentia, altera De cauſis corruptæ Juriſprudentiæ: quas editas inter cætera mea Opera hic pro Præfatione haberi poſtulo. Illud non diſſimulo, quod Commentarii hujus compoſitionem tanta feſtinavi diligentia; ut intra ſeptem menſes inchoaverim abſolverimque fere horis ſubciſivis, nullo muneris mei damno. Maluiſſem equidem plus impendere temporis: quo magis maturuiſſent univerſa. ſic fortaſſe etiam aliquam accepiſſem lucem ex Juriſprudentia Ante-Juſtinianea Viri Clariſſimi, Antonii Schultingii, Collegæ & Cognati mei: in qua Veterum Fragmenta, extra Juris Juſtinianei Corpus, extraque Codicem Theodoſianum errantia, inſigni eruditione diligentiaque brevi dabit illuſtrata. inſuper licuiſſet mihi, uti variis lectionibus quas ex noviſſima collatione Codicis Florentini, aliorumque exemplarium manuſcriptorum, ab Henrico Brenckmano, Viro Docto & Ingenioſo, quondam Auditore, nunc Amico meo, quodam cum deſiderio exſpectat literatus orbis. Sed cupienti mihi, etiam in ſequentibus Digeſtorum ſeu Pandectarum partibus adjuvare Juris Studioſos, forte dilatio nocuiſſet caſu mortalitatis. Indicavi iter & rationem ſuſcepti Operis. quæris exitum? Non eſt meum, laudare mea: ſicut nec habeo vituperare. licebit tamen mihi ſine arrogantia confiteri, plurima eſſe a me non dicam clarius aut plenius, quam hactenus, tradita atque expoſita: ſed noviter inventa detectave, ante non animadverſa; cum eſſent obſervari & detegi non indigna. Maxime autem allaboravi, ut Juriſprudentia quæ pleriſque occurrit parum amœna, magis triſtis atque auſtera, poſtremo quanta quanta eſt, nil niſi vana atque inanis ſubtilitas, deinceps legi poſſit, tamquam pulchra & elegans hiſtoria rerum civilium, ſimul officiorum publicorum privatorumque Populi Romani, a ratione naturali, cultuque ſapientiæ, minime aliena; & contra ad vitæ ſocietatem qua carere nequit mortale genus, jure ac legibus, pro varia rerum, temporum, morum, opportunitate, regendam accommodatiſſima. Vale. D. Lugduni in Batavis MDCCXV. Kalend. Decemb.

GERARDI

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Antecesſoris,

COMMENTARIUS,

AD DIGESTA SEU PANDECTAS.

LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De Juſtitia & Jure.

Recte atque ordine monet Ulpianus in limine Inſtitutionum, (nam ex lib. 1. eſt *l.* 1. *h. t.*) Juri operam daturum prius noſſe oportere, unde nomen Juris deſcendat. Illud durius: quod dicit, jus eſſe a juſtitia appellatum: cauſatus, jus eſſe artem boni & æqui. nam ad præcepta Grammatices reſpicientibus, juſtitia a jure, & jus a jubendo, dicitur. nec improbabile eſt, Veteres, nondum reperta litera R, juſa pro jura dixiſſe: eoque Feſtum reſpicere: apud quem *juſſa jura*. Nolim tamen, idcirco reprehendi Ulpianum. non eſt enim una Grammaticorum etymologia. eſt & altera Philoſophorum, a ſuperiore diverſa. illi ſectantur origines verborum: hi rerum, auctore Iſidoro *lib.* x. *Origin. pag.* 1067. Igitur ſicut Grammatici juſtitiam a jure, juſque a jubendo, derivant: ſic Ulpianus, Philoſophos imitatus, jus a juſtitia appellatum eſſe, exiſtimat: hac adjecta ratione: Quod jus eſt ars boni & æqui. ſenſus: Quod finis artis æqui & boni, quam jus appellamus, eſt juſtitia, ipſa natura prior arte, ad obtinendum finem comparata. Pari forma Iſidorus, homo, inquit, dicitur ab humanitate: quia prior eſt humanitas, quam homo: etſi homo ab humo, ſecundum Grammaticos, derivetur. Eſſe igitur jus a juſtitia appellatum, Ulpianus ait. Ut vero intelligeretur dignitas artium principis; ad ejuſque ſtudium, ſane ſanctum, & humano generi utiliſſimum, nobiles incitaret homines; non minus egregie, quam opportune, ſubjicit §. 1. *d. l.* 1. quod hujus, id eſt, juſtitiæ, merito quis nos Sacerdotes appellet: juſtitiam (inquiens) namque colimus, & boni & æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo ſeparantes: licitum ab illicito diſcernentes: bonos non ſolum metu pœnarum, verum præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (niſi fallor) philoſophiam, non ſimulatam, affectantes.

Hæc juſtitia (qua de eſt prior Rubricæ pars) ab Ulpiano *l.* 10. *h. t.* definitur, conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi. Pulchra hercle definitio! paucis tamen examinanda. Prima verba, *Conſtans & perpetua voluntas*, (ut oſtendi *lib.* 3. *Probabilium c.* 1.) habitum animi ſeu voluntatis indigitant: ſimul, quod juſtitia non æſtimatur actione, quantumvis juſta: ſed voluntate conſtante ac perpetua juſte agendi; nec alio fine, quam ut juſtitia exerceatur. proinde ſi ſpes, aut metus, aut error, hominem improbum ac nefarium invitet trahatve ad æqui bonique obſervantiam; is idcirco non meretur viri boni ac juſti nomen. contra quoque, ſi error, aut impetus, neceſſitasve, impellat eo quo nolit, virum juſtum; nec is ideo talis eſſe deſinet atque injuſtus fiet. neuter enim quod fecit, voluit: ſed alter ſpe aut metu, alter errore aut neceſſitate, ad id quod noluit, eſt abreptus: atque interim manſit utriuſque animus, qualis fuit, bonus aut malus. ſed hoc quia pluribus executus ſum *d. c.* 1. *lib.* 3. ſufficit hic attigiſſe obiter. Eſt igitur juſtitia Ulpiano conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi. nec dubito; quin juris appellatione complectatur dignitatem, ſeu facultatem, unicuique legibus aut moribus competentem. nam jus a Veteribus hoc uſurpari ſenſu, multis obſervavit V. Cl. Gulielmus Budæus *Annotat. in Pandect. p.* 212. rem autem indicat Cicero *lib.* 2. *De invention.* his verbis: *Juſtitia eſt habitus animi, communi utilitate ſervata, ſuam cuique tribuens dignitatem.* Sic Cicero. nec adſpernor hanc adjectionem, *Communi utilitate ſervata:* cujus etiam ſequente meminit definitione *lib.* 5. *De finibus. Juſtitia eſt animi affectio, ſuum cuique tribuens, & hanc ſocietatem conjunctionis humanæ mirifice & æque tuens.* At enim Ulpianus hanc clauſulam in ſua definitione omiſit. Sed nec vetuit, in ea ſubaudiri. non enim putavit, eſſe juſtitiæ ſuum cuique tribuere, ut perdatur, ſed ut juvetur, utilitas humanæ conjunctionis: alium finem, quam procurandi cujuſque ſalutem, non habentis. res certa; & dudum notata Ariſtoteli *lib.* 5. *De moribus c.* 3. quem ut alias,

ita in propoſito, ſequitur Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Mandati*, & *l.* 4. §. 1. & 2. *D. Famil. erciſc.* quas cum aliis adduxi *d. lib:* 3. *c.* 2.

Habes juſtitiæ definitionem. exſpectas diviſionem. eſt celebris hæc Ariſtotelis *d. lib.* 5. *c.* 2. & 3. quod alia eſt univerſalis, alia particularis. Univerſalis complectitur virtutes omnes. eſt enim fortitudo; cum jubet, in acie locum tenere, non fugere, non arma abjicere. eſt temperantia; cum vetat, alicui inferri ſtuprum, aut adulterium. eſt lenitas ſeu manſuetudo; cum vetat, aliquem verberari, aut ei male dici. & ſic in cæteris. hanc igitur juſtitiam Ariſtoteles facit eamdem perfectæ virtuti: etſi non ſimpliciter; ſed quatenus refertur ad alterum. ſcilicet animadvertens, juſtitiam eſſe virtutem ad alterum; functionesque cæterarum virtutum ſimiliter poſſe referri ad alterum: eo reſpectu, inquit, poſſe juſtitiam ſe illis miſcere, & quodammodo virtutem dici totam vel perfectam. quod & Juſtinianus patitur *Novell.* 69. Particularis juſtitia conſiſtit in ſervanda inter homines æqualitate. hanc juſtitiam Ariſtoteles vocat ſuperioris partem: eo quod pleræque ejus actiones ita ſunt ad alterum; ut ad fortitudinem, temperantiam, manſuetudinem, aliaſve virtutes, referri nequeant. continet igitur juſtitia latiore ſenſu omnia officiorum genera: ac neſcio, an hoc ſenſu ſic ſcribat Macrobius *In ſomnium Scipionis lib.* 1. *c.* 8. *Juſtitiæ eſt, ſervare unicuique, quod ſuum eſt. de juſtitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum ſui, atque inde reipublicæ rector efficitur, juſte ac provide gubernans humana, divina non deſerens.* Strictiore ſignificatione juſtitia ſola comprehendit munera quibus alicui tribuitur, quod ipſi aliqua cauſa debetur. ſic vero dividitur in diſtributivam & commutativam. altera dicitur conſiſtere in diſtributione honoris, præmii, aut cujuſcumque rei cujus participes ſint omnes ejuſdem civitatis cives. altera dicitur occupari correctione eorum quæ in rebus contrahendis contingunt; ſive ſponte, ut in contractibus; ſive involuntarie, ut in delictis. hæc dicitur ſervare proportionem arithmeticam: illa geometricam. eſt autem, ut hoc addam, arithmetica proportio, ubi numeri a ſe paribus diſtant ſpatiis, hac forma: duo, quatuor, ſex, octo. contra obſervatur in geometrica. fit enim inſtituta comparatione: hoc modo, ſicut ſe habent quatuor ad duo, ſic ſe habent ſex ad tria. unde efficitur, ut in juſtitia commutativa in qua ſolæ ſpectantur res de quibus agitur, non merita hominum quorum res ſint, omnes homines ſint æquales. ceſpitavit hic, quod ægre dico, ex Veteribus Papinianus: caſtigatus eo nomine ab Ulpiano *l.* 20. *D. de minoribus.* lubentius laudo Senecam, ſic ſcribentem *De benefic. lib.* 4. *c.* 28. *Jus fori omnibus dicitur: pace etiam homicidæ fruuntur: ſua repetunt, etiam qui aliena rapuerunt. percuſſores & domi ferrum exercentes murus ab hoſte defendit: legum præſidio qui plurimum in illas peccant, proteguntur.* Sic in commutativa juſtitia. at in diſtributiva, quia homines, eorumque merita, comparantur: melior eſt conditio viri nobilis, quam plebeji, licet idem fiat ab utroque: pulchra ratione quam dat Seneca *d. lib.* 4. *De benefic. c.* 30. verbis ſequentibus: *In petendis honoribus, quoſdam turpiſſimos nobilitas induſtriis, ſed novis prætulit. non ſine ratione ſacra eſt magnarum virtutum memoria: & eſſe plures bonos juvat, ſi gratia bonorum non cum ipſis cadat.* Et poſt. *Hoc debemus virtutibus, ut non præſentes ſolum illas, ſed etiam ablatas e conſpectu colamus. quomodo illæ id egerunt, ut non in unam ætatem prodeſſent; ſed beneficia ſua etiam poſt ipſas relinquerent: ita & nos non una ætate grati ſumus. hic magnos viros genuit, dignus eſt beneficiis, qualiſcumque eſt, dignos dedit. hic egregiis majoribus ortus eſt: qualiſcumque eſt, ſub umbra ſuorum lateat. ut loca ſordida repercuſſu ſolis illuſtrantur, ita inertes majorum ſuorum luce reſplendeant.* Satis de ſententia Ariſtotelis. tantum moneo: quod ea non ſemper obtinet in jure noſtro. Primum quis ignorat, pupillis, minoribus, fœminis, militibus, ſua dari privilegia quæ aliis negantur in juſtitia commutativa? jam vero beneficium competentiæ quod multis conceditur, an alio pergit, quam ut hi in ſolidum non teneantur, etſi ſic cæteri obligentur? præterea ait Labeo, actionem de dolo non eſſe dandam liberis vel libertis adverſus parentes patronoſve, nec humili adverſus eum qui dignitate excellit, puta, plebejo adverſus conſularem receptæ auctoritatis, vel luxurioſo atque prodigo aut alias vili adverſus hominem vitæ emendatioris *l.* 11. §. 1. *D. de dolo malo.* age vero quo pertinet, quod Juſtinianus *l.* 26. *C. de uſuris* jubet, uſuras pro diverſitate perſonarum alias atque alias præſtari? præter hæc habeo exemplum in quo juſtitia diſtributiva cuſtodit proportionem arithmeticam, & ex diverſo juſtitia commutativa proportionem geometricam. extat id in *l.* 1. *D. de his quæ ut indignis:* in qua proponitur libertus legato honoratus a patrono, eum ad fiſcum detuliſſe tamquam illicitæ mercis negotiatorem. tam vero ei datur præmium de republica ob delationem patroni, quam cuivis alii: ac licet præmium acceperit a republica, nihilominus repellitur a legato, quod ei reliquit patronus. utrumque recte adverſus Ariſtotelem. non enim minus fuerat reipublicæ utilis, quod patroni memoriam poſt rempublicam habuerat. rurſus fecerat ſe indignum patroni benevolentia; quod fuerat patroni proditor: etſi ejus offenſionem reipublicæ imputaret. quid, ſi ne in pœnis quidem Juriſconſultis placet Ariſtoteles? utique ille ſicut delicta comparat contractibus; (quod etiam noſtri faciunt *l.* 52. *D. de re judic.* & *alibi.*) ſic in utriſque ſuadet proportionem Arith-

rithmeticam. at noſtri in delictis pœnas taxant proportione geometrica: honeſtiores levius, viliores gravius, punientes *l.* 16. *l.* 3. §. *fin. D. Ad leg. Corn. de ſicar. l.* 1. *D. de furib. baln. l.* 1. §. 1. & 2. *D. de effract.* uſque adeo, ut ſubinde delicta æſtiment ex perſona ejus qui fecit, & ejus qui paſſus eſt *l.* 16. §. 3. *D. de pœnis.* vice etiam verſa eſt, ubi honeſtiores gravius, quam cæteri, plectuntur: ut in peculatu: ex quo morte punitur Magiſtratus, eum admittens, durante adminiſtratione: cum alii levius puniantur §. 9. *Inſt. de public. judic.*

Altera Rubricæ pars eſt De jure. quod Paulus *l.* 11. *h. t.* pluribus modis dici ait. non exponam omnes. ſaltem dicam, quod Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Celſum ſequutus, jus definit, artem æqui & boni: id eſt, artem quæ ſit quaſi interpres legis primæ & magnæ, profectæ a ratione naturali, illa divina, ad quam exigi omne jus humanum oportet: quando (ut Paulus ait *d. l.* 11) ſemper eſt æqua & bona: ideoque ſola hominibus in omni vitæ colore ſine exceptione ſalutaris. Hoc jus ab Ulpiano *l.* 10. §. *ult. h. t.* vocatur Juriſprudentia; definiturque divinarum atque humanarum rerum notitia, juſti atque injuſti ſcientia. cum ait, eſſe notitiam divinarum atque humanarum rerum; eam comparat Philoſophiæ. at cum addit, eſſe juſti atque injuſti ſcientiam; utramque diſtinguit. nec improbo: nam ut Juriſprudentia, ſic Philoſophia, occupatur circa res omnes & divinas & humanas: hoc diſcrimine, quod Philoſophus in his quærit cauſas: Juriſconſultus, quid juſtum aut injuſtum ſit: atque ut Ulpianus *d. loc.* ait, Juriſprudentiam eſſe divinarum atque humanarum rerum notitiam, juſti atque injuſti ſcientiam: ſic Cicero *lib.* 2. *De Officiis*, *Sapientia*, inquit, *eſt*, *rerum divinarum atque humanarum*, *cauſarumque quibus hæ res continentur*, *ſcientia*. Eodemque modo Seneca *Epiſt.* 89. *Sapientia eſt*, *noſſe divina & humana*, *& eorum cauſas*.

Definitioni juris ſubjicienda ſunt ejus præcepta. Ulpianus §. 1. *d. l.* 10. *Juris præcepta* inquit, *ſunt hæc: honeſte vivere*, *alterum non lædere*, *ſuum cuique tribuere.* Senſus Ulpiani fugit pleroſque. mihi videtur Ulpianus Juris appellatione deſignare artem æqui ac boni: & per præcepta exaudire ejus artis exhortationes, monita, ſuaſiones, ad juſtitiam univerſalem; eaque diſtinguere a juris regulis quæ alibi legis virtutes dicuntur. has in foro habere neceſſitatem; eoque humanæ conditioni indulgere multa a perfecta virtute & officiis aliena. illa ad forum non pertinere: quin eſſe voluntaria; exire ad virtutem perfectam: laudari, ſi ſerventur; non puniri, ſi negligantur. igitur hujus artis eſſe, docere non modo, quid in foro regulis juris, id eſt, legibus, imperetur, vetetur, puniatur, permittatur: ſed in primis quid conjunctioni humanæ ſocietatis, qui eſt legum finis, maxime decorum ſit. ac ſi reperiat quid legibus permiſſum ob hominum ſocordiam, dum idem ſit inhoneſtum, aut alterum lædat, aut non ſuum cuique tribuat, ab eo perinde eſſe abſtinendum, ac ſi legibus eſſet vetitum. Hæc ſumma. plura tradidi *Julio Paulo*, *ſive lib. ſing. de part. expoſ. & ne.e cap.* 10. & 11. ubi vide; nec pigebit vidiſſe, ab aliis, quantum recordor, nondum tradita.

Tempus eſt, tranſire ad Juris diviſionem. ea ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *h. t.* ſic traditur: *Hujus ſtudii duæ ſunt poſitiones: publicum & privatum.* Quid ſtudium ſit, ſic exponit Cicero *lib.* 1. *De Invention.* §. 53. *Studium eſt animi aſſidua & vehemens ad aliquam rem magna cum voluntate applicatio, ut Philoſophiæ, Poetices, Grammatices, Literarum.* Hujus igitur ſtudii, quod Ulpiano eſt pars Philoſophiæ *d. l.* 1. §. 1, duæ ſunt poſitiones: id eſt, theſes; ut obſervavit Budæus *Annot. in Pand. p.* 21. ſenſus Theodoro Marcilio, & tandem etiam Jano a Coſta *ad* §. 4. *Inſt. h. t.* duas eſſe Juriſprudentiæ theſes, ſeu poſitiones: nam duo eſſe de quibus omnium Juriſconſultorum ſit diſputatio. unum eſt de jure publico, alterum de jure privato. Jus publicum Ulpiano eſt, quod ad ſtatum rei, id eſt, reipublicæ, Romanæ ſpectat: privatum quod ad ſingulorum utilitatem refertur. & pro ratione ſubjicit; quod ſunt quædam publice utilia, quædam privatim: puta, principaliter. utique publicum jus in ſacris, in ſacerdotibus, in Magiſtratibus conſiſtit. Sic Ulpianus. ſed aliter Quintilianus *lib.* 2. *Inſt. Orat. c.* 4. verba ejus. *Genera ſunt tria*, *ſacri*, *publici*, *privati juris.* Quintiliano accedit Auſonius, *Edyll.* 11.

Jus triplex, tabulæ quod ter ſanxere quaternæ,
Sacrum, privatum, & populi commune quod
uſquam eſt.

At nulla contradictio: nam Ulpianus, cum jus facit duplex, privatum & publicum; ſub jure publico complectitur ſacrum. ita perinde eſt, ac ſi dicat, jus eſſe vel privatum vel publicum; & hoc rurſus vel in ſpecie publicum vel ſacrum: quorum illud conſiſtit in Magiſtratibus, hoc in ſacris & Sacerdotibus. id vero huc redit, quod Auſonius & ante Quintilianus dixit, jus eſſe triplex, privatum, publicum, vel ſacrum. Sed hoc & alibi me obſervare, memini *lib.* 2. *Obſerv. c.* 21.

Cæterum ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. 2. tripartitum eſſe jus privatum: collectum etenim eſſe ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus. id vero non ſic accipi ſuadeam, quaſi jus publicum non eoſdem habeat fontes quos privatum: (contrarium enim verum eſt) ſed quod in libris Inſtitutionum, unde eſt Ulpiani locus, non erat Ulpiano conſilium, agere de jure publico: ideoque non opus erat, hoc iis in libris dividere. Eſt igitur jus privatum Ulpiano triplex, naturale, gentium, & civile. an recte? negant plerique omnes. ſed non idcirco timebo, ſtare pro Ulpiano: arbitratus, nihil eſſe in ejus ſententia quod im-

improbetur. itane? conſideretur homo, ut poteſt, triplici modo: vel ut animal, vel ut homo, vel ut civis. Primum occurrat ut animal in mero Naturæ ſtatu, ſuis conſtans membris & facultatibus quibus eſt a Natura inſtructus & ſibi commendatus, more cæterorum animantium, in ſolitudine viventium. ejus hominis jus cogitans Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. ait, *Jus naturale eſſe quod natura omnia animalia docuit*: puta, ſuo quodque modo, & genere. nec dubito, quin ejus juris appellatione deſignet inclinationes atque inſtinctus uniuſcujusque animalis, ſecundum quos unumquodque eſt a Natura determinatum ad exiſtendum atque operandum ejus ordini, inſtituto, ac providentiæ, convenienter. prorſus, ut utens facultatibus motibuſque, ſibi datis a Natura a qua conditum ſit; ſe Naturæ ſuæ jure & lege regere ac movere intelligi debeat. Veteres hoc jus appellant prima Naturæ; cenſentque ſolo Naturæ impulſu, ſine collectione & diſceptatione rationis: arbitrati, id ſentiri, ut calorem, frigus, famem, ſitim, alia: duoſque eſſe ejus effectus: unum appetere Naturæ conſentanea; alterum declinare ei contraria. eſſe vero hæc omnis divini & humani juris principia, ipſa non a diſciplina aut inſtitutione, vel inde liquere: quod hæc ſine diſcrimine agunt non modo omnes homines ſtatim ac nati ſunt, ſed cætera quoque animalia, atque ita, ut nihil aliud ſciant, aut poſſint, quam ſequi ipſis bona & fugere mala. Igitur ſpectetur homo, quatenus eſt animal; ejus jus finitur naturali facultate ſentiendi, appetendi, fugiendi, edendi, bibendi, movendi, generandi. ac neſcio, an huc intendat hoc Ulpiani *d. l.* 1. §. 3: *Hinc deſcendit maris atque fœminæ conjunctio quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, iſtius juris peritia cenſeri.* Sic Ulpianus: atque, opinor, ab Ariſtotele: cujus *lib.* 1. *De republica c.* 2. verba hæc ſunt. *Neceſſe igitur eſt: primum eos conjungi & copulari, quorum alterum ſine altero eſſe non poteſt, ut marem & fœminam procreationis cauſa. atque hoc non ex conſilio proficiſcitur: ſed quemadmodum & in aliis animantibus & ſtirpibus naturale eſt, tale alterum, quale ipſum ſit, cupere relinquere.* Aliquis miretur, ab Ulpiano non fieri hic mentionem defenſionis ſui. At nec fit cæterorum quæ dixi, mentio: & jam notavi *lib.* 1. *Probabilium c.* 5: quod affectum tendentem ad ſui conſervationem primis Naturæ deberi, ultro liquebat omnibus: ſed de maris & fœminæ conjunctione, liberorumque educatione, a quibuſdam dubitabatur. alterum igitur moneri oportebat: alterum moneri, nihil attinebat. Interim non inutile fuerit ſciri, tales Naturæ regulas motuſque de quibus dixi, & ſimiles, quia ſe habent inſtar legum, non male, neque præter uſum, leges & jura appellari. nam & de apum actionibus, ab æterno & conſtante Naturæ motu inſtinctuque pendentibus, ſic Virgilius *lib.* 4. *Georgic. verſ.* 154.

— — — *Magniſque agitant ſub legibus ævum.*

Eodem ſenſu Ovidius, *De remedio amor.*

Vertere tu poteras homines in mille figuras.
Non poteras animi vertere jura tui.

Seneca quoque *lib.* 2. *De ira c.* 27. *Non nos cauſa mundo ſumus hiemem æſtatemque referendi. ſuas iſta leges habent quibus divina exercentur.* Idem *lib.* 4. *De benefic. c.* 12. *Cum creditum dicimus, imagine & tranſlatione utimur. ſic & legem juſti injuſtique regulam eſſe. ad hæc verba demonſtrandæ rei cauſa deſcendimus.* Expoſui Naturæ jus ex ſententia Ulpiani.

Sequens tractatus erit de jure gentium: in quo hominem non ut animal, ſed ut hominem, ſocietatis, tamquam ſibi utilis & neceſſariæ, appetentem ſpectari, Ulpianus poſtulat *d. l.* 1. §. 4. *h. t.* verbis ſequentibus: *Jus gentium eſt quo gentes humanæ utuntur. quod a naturali recedere, facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc ſolis hominibus inter ſe commune ſit.* Atque ita eſt, quod jus gentium Ulpiano dicitur, proprium eſt hominum. non eſt commune cæterorum animalium: ſicut nec eorum eſt recta ratio cujus examine vis juris gentium intelligitur. dedit nimirum Divina providentia unicuique homini animalem ſenſum boni & mali; ejus vero differentiam quia Naturæ inſtinctus non peræque diſcernit, multis prima facie bonis quæ poſt deprehenduntur mala, & contra malis primo adſpectu quæ bona eſſe deinde eventu comperiuntur: idcirco voluit Natura, nos non minus ex animo, quam ex corpore, conſiſtere; hujuſque miniſterio, illius imperio, uti: certe ejus quod ſequendum evitandumve ſit pro vero bono aut malo, alium judicem atque arbitrum non habere: quin contra nos, quod ille probat, in infinitum ſequi; & quod improbat, in infinitum fugere, tamquam lege humanæ Naturæ, id eſt, a Deo, juſſum aut vetitum. Expoſui Ulpianum.

Nunc Paulum attingam. *l.* 11. *h. t.* is quia ſoli homines utuntur prærogativa rationis, ejuſque expertia ſunt cætera animalia, jus gentium Ulpiani appellat jus naturale, jam non omnium animalium, ſed omnium hominum inter ſe: eo quod ſimplex Naturæ influxus hoc non docuit animalia omnia: licet naturalis ratio id peræque inter homines conſtituit. prout igitur occurrit nobis homo, ſic conſiderandum eſt jus ejus naturale: nec mirari quem oportet, jus quod trifariam diviſit Ulpianus, a Paulo fieri duplex; aliud naturale, aliud civile: quod & Gajus maluit *l.* 9. *h. t.* licebitque eo referre quæ de duplice civitate, una magna quæ ſit generis humani, altera parva quæ ſit cujuſque populi, ex Seneca & Cicerone opportune attuli *lib.* 1. *Probab. c.* 8. Illud diſſimulare neque volo, neque debeo: quod ſive duplex ſive triplex omne putemus jus: quæri poteſt, quale ſit quod Gajus *d. l.* ait,

Digitized by Google

inter omnes naturali ratione conſtitui; idque inter omnes peræque cuſtodiri: item quod Paulus cenſet *d. l.* 11, jus naturale ſemper æquum ac bonum eſſe. fuerit hoc eo dignius explicari: quia vetus lis eſt, nondum compoſita: ſitne jus a Natura comparatum; an magis hominum pactionibus inventum. poſterior fuit ſententia Epicuri, Carneadis apud Lactantium, *lib.* 5. *Divin. Inſt. c.* 17. Lucretii, *De rerum natura lib.* 5. Horatii, *lib.* 1. *Serm. ſat.* 3. Mihi placet prior quæ fere eſt Veterum Juriſconſultorum: atque ipſam ex ſuperioribus ſic demonſtrari, mihi perſuadeo.

Natura dedit unicuique homini ſtatim ac natus eſt, ſenſum boni & mali. alterum ſequi, alterum fugere, eum voluit: nec ei quid in alteram partem reliquit liberum. adeo quiſque quod ei bonum ſit, amplectitur neceſſario; & a malo æque neceſſario abſtinet. quod ut facit impulſu Naturæ a qua eſt factus: jure naturali facere intelligendus eſt. interim quid ei ſit bonum aut malum in omni re, loco, tempore, non æque conſtat Naturæ motu. eſt enim in facto poſitum; nec aliter, quam rationis examine, diſcernitur. ea porro ratio cum unicuique homini a Natura æque datur, ac animalis ſenſus; quin æque ſit pars humanæ Naturæ, dubitari nequit. nec magis, an cuique quod ea probat, faciendum; & quod improbat, omittendum ſit: quia demum ei bonum aut malum eſt quod eum fugere aut ſequi vis humanæ præcipit Naturæ: ei, præter rationem, alium boni & mali, id eſt, ejus quod eum facere aut omittere velit, canonem non indicantis. igitur, ſi de jure humano quæratur: apparet, rationis dictamine, quaſi tacita Naturæ lege, contineri: nec oportere aliud inveſtigari; quam quid ſua cuique ratio bonum aut malum eſſe demonſtret. alterum enim Natura jubere; alterum vetare, intelligitur. Hoc modo non fuerit injuſtum, ſuum quemque corpus, ac ſua membra, ſuamque vitam, conſervare ac tueri. cum enim ex his conſiſtat ejus integritas qua ejus ſalus æſtimatur, (futurus quippe ſine ea nullus) ei bonam eſſe membrorum, corporis, vitæque, tutelam, non minus ratio evincit, quam Naturæ inſtinctus. proinde ſi ſe, ſi ſuum corpus, ſi ſua membra, ſuamque vitam, ſuſtineat conſervare in Naturæ ſtatu, quia facit auctore ratione, non ambigitur, quin id jure Naturæ facere videri debeat. At ſicut Natura unicuique concedit jus ad ſui conſervationem, tamquam bonam atque utilem: ita non fuerit abſurdum, eam unicuique indulgere jus ad omnia, ei ad ſui conſervationem neceſſaria. fruſtra enim daret ei jus ad finem: niſi ei daret jus ad ea ſine quibus ad finem eum non ſit perventurus. Quæ porro neceſſaria cuique ſint, eorum judicem a Natura, præter ſe, nemo habet. an ea, cum voluit, cunctos ſequi ſibi bonum, & fugere malum; aliud egit, quam ut ſuæ quemque curæ ac providentiæ committeret? utique cum ſuum cuique affectum, ſuum judicium, ſuas denique vires, dedit: dubito; an puret, eſſe pares, quibus pares dedit facultates. jam vero quos fecit pares, eos a ſe invicem non pendere, id eſt, peræque liberos eſſe, negare non poſſumus: quia vix eſt, ut uni liceat quod non æque liceat alteri. eſt igitur in Naturæ ſtatu in quo omnes peræque liberi ſunt, ſui quiſque juris, id eſt, ſuæ quiſque utilitatis atque indigentiæ, judex: habetque jus ad omnia quæ ad ſui conſervationem ipſe ſibi neceſſaria eſſe exiſtimat. atque hoc ſi eſt: habet jus ad omnia, a Natura in medio poſita ad communem omnium uſum: ac ſi quis impedimento ei ſit, habet facultatem vi coërcendi eum a quo ſuo jure uti prohibeatur: utique, ſi injuria fiat. imo, ſi nulla. finge: par mea atque alterius eſt indigentia. um pereundum, altero ſalvo. nempe par eſt utriuſque cauſa ſervandi ſe: ſuum quiſque jus exequitur. neuter vult nocere alteri. uterque ſe ſalvum cupit: ſed non poteſt, altero incolumi. quid dicemus? non eſſe contra rationem; ſi malim me, quam alterum, ſervare. me enim Natura mihi; non mihi alterum, niſi propter me, commendavit. primum igitur mei curam gerere me, æquum eſt: deinde alterius. ac ſi non poteſt ſalus ejus cum mea ſalute conſiſtere: non vult ratio, ut ei conſulam cum pernicie mea: ſed ut me quacumque ratione poſſim optime, conſervem potius. Etſi ſi, me ſalvo, ei utilis eſſe poſſim: nulla ratione perdam, lædam, aut incommodabo, hominem ſaluti meæ minime noxium. non enim Natura mihi aut alii ſceleris licentiam ſpecie libertatis conceſſit. abſit. fecit ea ſingulos liberos; ac ſuæ quemque arbitrum utilitatis: ſed nulli permiſit jus nocendi alii a quo illi non noceatur. cum enim omnibus providerit æqualitate juris: quomodo eſt probabile, eam voluiſſe, alii ab alio de libertate moveri controverſiam? atqui prope eſt: ut quibus non dederit tranquillum libertatis uſum, illis libertatem conceſſiſſe non videatur. potius credamus, Naturam omnibus benignam ac ſalutarem, procurato omnibus æquali jure, non voluiſſe, alios ab aliis in ejus uſu incommodari ſine cauſa: ſed e diverſo alios ab aliis, quantum licet ſine ſuo, imo etiam cum aliquo, incommodo mutuis officiis atque opibus adjuvari. Liquebit hoc: putantibus, Naturam voluiſſe, homines quidem ſua ſequi commoda, & evitare mala; amplius, ipſos hujus rei eſſe judices: ſed non alias, quam ſi eis bonum aut malum ſit, monſtrante ratione: ejuſque hanc eſſe providentiam: ut non impetu agat, ſed conſilio: nec ad præſentia attendat, quin æque futura exploret: præterea majora cum minoribus, ac brevia cum diuturnis comparet. prorſus, ut ſi quid minus bonum ſit, atque idem majori præjudicet; aut ſi quid in præſenti videatur bonum, ſed in futurum aliud ſit: id malum eſſe, ab eoque abſtineri Natu-

ræ lege oportere, exiſtimet. Sed apparet, Naturam velle, ſua quemque uti libertate; nec ob id velle, ſingulos flectere ad licentiam. quam enim cuique dat libertatem, non alia eſt, quam quæ ratione regitur. illa ſervit communi hominum conjunctioni; hanc certe non evertit. ſola enim eſt omnibus bona & ſalubris quæ ſe continet intra omnium æqualitatem; nec minus aliis, quam ſibi, permittit. niſi quis ignorat, omnes homines ita a Natura factos eſſe: ut nemo ſine aliorum ſocietate, (id eſt, mutua ope) poſſit vivere tuto aut commode; neque in ea cum aliis, niſi ſervata juris æqualitate. ſane ſi aliis permittat quod ſibi: habet cauſam ab aliis exſpectandi quod aliis præſtat: quia illis non minus eſt utilis, quam illi invicem ſunt ipſi. at ſi non hanc teneat viam; ſed plus vindicat ſibi, quam aliis relinquit: an poteſt fieri; ne alii quod ipſe obſervat erga alios, idem erga ipſum faciant, quippe cum omnes ſint æquales, nec poſſit uni licere quod non æque liceat alteri. ita difficile eſt, agente uno quod lædat alterum; ne hic illi reſiſtat, & pari, aut etiam meliore, jure; injuriam a ſe arcens. quod ubi fit; res ſpectat ad litem, rixam, vulnera, cædem, incendia, vaſtationem: quæ utrimque mala*eſſe, ac naturali lege vitanda, quis non videt? Sit igitur fixum & demonſtratum, eſſe univerſis qui humana uti Natura, id eſt, ratione agere, ac ſibi conſulere, poſtulent, omni incumbendum ſtudio: uti, quantum licet, inter homines quædam ſit juris ſocietas: qua fiat, ut homo ab homine minime alienus ſit; alterque ab altero non ſolum non lædatur; ſed ſi poſſit, etiam omni modo adjuvetur. Atque ad hanc ſocietatem, tamquam bonam atque utilem, ſicut unumquemque pergere Naturæ lege oportet, quamdiu poſſit eam obtinere: ita ſi non poſſit; habet ſuum quiſque jus ad illam tuendam; nec minus ad omnia ejus conſervationi neceſſaria: uſque adeo, ut qui hanc tollere aut turbare præſumat, poſſit cui nocetur, illum coërcere eo jure ac modo quo ſibi mala ac noxia a ſe arcet, permittente Natura. plus dicam: ſicut injuriam a ſe avertere quiſque poteſt; ita nec prohibetur alium, quod poſſit ſine ſuo periculo atque incommodo, adverſus injuriam tueri: quia, ut dixi, homo homini, etiam ſine pacto, ratione quaſi Naturæ lege ad mutuam virium opumque præſtationem pro communi utilitate conjungitur. quid reſpicis? quisquis alium injuria afficit ſciens volens, ejus conſilium eſt, imminuere, ubi poterit, humani generis æqualitatem. Vidit Publius Syrus, *Sentent. verſ.* 427. proclamans olim:

Multis minatur, qui uni facit injuriam.

Prorſus ita eſt: omnium ſecuritatem tollit: quiſquis omnium æqualitatem in periculum ducit: nec eſt, cur ſperet, ab aliis ſibi ſervari jus quod ipſe intervertit aliis: cum omnes ſint Natura pares; nec uni liceat quod non liceat alii. poſtremo qui non movet ſe ratione quam Natura poſuit regulam humanis actionibus, is ſe regit legibus aliis, quam humanæ Naturæ: oſtendens, ſe nolle uti communi omnium jure. ita, cum ſeparat ſe ab humana conjunctione: non poteſt juris ſocietas eſſe cum illo qui ei rebus & factis renunciat. nec abhorret a ratione conſervandi ſe lege naturali: quo minus fas ſit unicuique, commune hominum malum a ſe atque ab humano nomine arcere: id eſt, communem omnium hoſtem, quocum ipſi aut aliis nulla ſit Naturæ conjunctio, eo quod ſe non regit ejus legibus, tamquam communi omnium æqualitate perniciosum, compeſcere aut occidere: quomodo perdit beſtiam ſibi atque aliis periculoſam: eo quod ei nulla cum hac eſt rationis aut juris ſocietas: denique quo a ſe aliiſque quæcumque damna, mala, atque incommoda, amovet.

Poſſim alicui longior videri; ſed merebatur bona fide demonſtrari, quod Gajus inter omnes naturali ratione conſtitui, & apud omnes peræque cuſtodiri, ait *l. 9. h. t.* unum eſſe ſtudium divinæ & humanæ ſocietatis, omniumque ad hanc, quamvis diverſis viis, contendentium, tamquam omnibus ſemper bonum & ſalutare. ſunt talia multa: ſed ſubſiſtam intra exempla *l. 2. 3. 4. & 5. h. t.* in quibus extra omnem dubitationem eſt religio erga Deum. item, ut parentibus, & patriæ pareamus, id eſt, Magiſtratibus, poſt diſcretas gentes, & regna condita. eodem ſpectat ſui defenſio per bella, jam non qualia qualia, ſed juſta ex cauſa, & ad juſtum modum, introducta. ab eodem jure gentium eſt ſervitus, & ſequuta manumiſſio. item ſunt dominia diſtincta, & quod his conſequens fuit, agris termini poſiti, ædificiaque collocata. inde & commercia, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes, inſtitutæ, adjuvandæ communis utilitatis cauſa: exceptis paucis quæ dicuntur a jure civili introductæ: tantum quod inventæ jure gentium, a jure civili certam acceperunt formam, juri gentium incognitam: ut in loco exponetur. Poſſint ſufficere demonſtrandæ Veterum ſententiæ a me dicta: liquent enim omnia. non tamen a me impetro; ne ea firmem illuſtremque ſequente Juvenalis teſtimonio, etſi prolixiore, tamen pulcherrimo, ex *Sat.* xv. *verſ.* 140. *& ſeqq.*

—— Quis enim bonus, & face dignus
Arcana, qualem Cereris vult eſſe ſacerdos,
Ulla aliena ſibi credat mala? ſeparat hoc nos
A grege mutorum, atque ideo venerabile ſoli
Sortiti ingenium, divinorumque capaces,
Atque exercendis, capiendiſque artibus apti
Senſum a cœleſti demiſſum traximus arce:
Cujus egent prona, & terram ſpectantia. mundi
Principio communis conditor illis
Tantum animas, nobis animum quoque, mutuus ut nos

Ad-

Affectus petere auxilium & præſtare juberet,
Diſperſos trahere in populum, migrare vetuſto
De nemore, & proavis habitatas linquere ſilvas:
Ædificare domos, laribus conjungere noſtris
Tectum aliud, tutos vicino limite ſomnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapſum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare ſigna tuba, defendier iiſdem
Turribus, atque una portarum clave teneri.

Tranſeamus ad jus civile. nam homo, ut dictum ſupra, non tantum ut animal, aut homo, conſideratur; ſed etiam ut civis, pendens a lege & imperio civitatis. ſicut vero in Naturæ ſtatu conveniebat ſingulorum libertati, ſui quemque juris atque injuriæ eſſe judicem ac vindicem: ita ubi multi in civitatem coiëre, uniti ſpiritu ſummi imperii, juris naturalis obtinendi gratia: rationis erat, Populum, de tuenda corporis ſui ſalute & libertate cogitantem, non ſinere, cives ſuos ſe deinceps movere ſuo cujuſque arbitrio, ſed ex nutu ac præſcripto civitatis ad finem, ejus providentia omnium aut plurium utilitati poſitum. De Romulo Livius, *lib.* 1. *c.* 8. *Vocata*, inquit, *ad concilium multitudine quæ coaleſcere in populi unius corpus, nulla re, præterquam legibus, poterat, jura dedit.* Hoc igitur modo Gajus *l.* 9. *h. t.* definit, jus civile eſſe quod quiſque populus ipſe ſibi jus conſtituit: additque, id vocari jus civile, quaſi proprium ipſius civitatis. Cicero, *Topicis c.* 2. ſic exprimit: *Jus civile eſt æquitas conſtituta iis qui ejuſdem civitatis ſunt, ad res ſuas obtinendas.* Ait vero Ulpianus *l.* 6. *h. t.* hoc jus neque in totum recedere a naturali vel gentium jure, nec per omnia ei ſervire. itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id eſt, civile effici. Nempe quædam imperat, quædam vetat, quædam permittit Natura. quæ autem vetat vel imperat, adverſus hæc, quia vere & proprie ſunt juris Naturæ, tum ſemper ac ſine exceptione bona aut mala, nihil valet civilis auctoritas, tantum ad ejus executionem comparata. at quæ permittit Natura, ea quia in medio relinquit, proprie non ſunt juris Naturæ: licet per abuſionem eſſe dicantur, eo quod ei non repugnant, & ab initio ſic obtinuere, donec magis expedirent contraria. eſt igitur in his materia humanarum legum: quibus quæ ante erant indifferentia, cum pro publica omnium vel plurium utilitate imperantur aut vetantur, in civitate bona aut mala eſſe incipiunt. atque hoc jus civile in ſpecie dicitur: nam generaliter ſumptum, quin etiam jus naturale ſeu gentium complectatur, non dubitat Gajus *l.* 9. *h. t.* & clare Ariſtoteles *lib.* 5. *De moribus*, *c.* 10. verba ejus ſunt. *Jus civile aliud naturale eſt, aliud legitimum. naturale quod ubique gentium idem valet, non quia ita vel decretum ſit, vel non decretum. legitimum autem, quod ab initio hoc an illo modo fiat, nihil refert: cum conſtitutum fuerit vero, tunc demum refert.* Eſſe igitur alterum æternum, conſtans, & immutabile; alterum, pro tempore, varium & multiplex, eodem loco obſervat Ariſtoteles. etiam Paulus *l.* 11. *h. t.* ſed optime Imp. Juſtinianus §. 11. *Inſt. de jure natur.*

Poſtquam ſubſtitit in Jure Civili Ulpianus; deinde ſubjicit ejus diviſionem his verbis *l.* 6. §. 1. *h. t. Hoc igitur jus noſtrum conſtat aut ex ſcripto, aut ſine ſcripto.* Senſus; quod Populus Romanus, definiturus jus proprium ſuæ civitatis, id eſt, quid in ea pro communi utilitate ab omnibus obſervari oporteat, voluntatem ſuam declarat vel palam, vel tacite: palam, ſi in comitiis rogatus a Magiſtratu, ſuffragiis ſuis jubeat, quod rogatur, legem eſſe; &, ut moris erat, inſcriptam tabulis, celebri Urbis loco, quo omnibus innoteſceret, proponi. tacite, ſi quid moribus, ſive conſuetudine, reciperet. nam vel ſic ejus voluntas, etſi non per ſcripturam, utique rebus & factis, intelligi poterat. quod ſi eſt: apparet, jus ſcriptum & non ſcriptum dici ab eo quod Romæ ſolet fieri: atque inde idem uno loco jus ſcriptum & non ſcriptum, alibi leges ſcriptas, aut ſimpliciter leges, & mores, appellari *l.* 9. *D. h. t. l.* 32. *pr.* & §. 1. *l.* 35. & 36. *D. de legibus.* Jus ſcriptum ab enumeratione partium (quæ frequens Veteribus eſt definitio) a Juſtiniano ſic definitur §. 3. *Inſt. de jur. nat.* neſcio an ex Ulpiano. *Scriptum jus eſt, Lex, Plebiſcitum, Senatuſconſultum, Principum Placita, Magiſtratuum Edicta, Reſponſa Prudentum.* Prima juris ſcripti pars eſt Lex: dicta, ut Iſidorus *lib.* 5. *Origin. c.* 3. putat, a legendo; vel, ut mavult Cicero *lib.* 1. *De legibus*, a deligendo. definitur autem a Juſtiniano §. 4. *d. t.* quod Populus Romanus, Senatorio Magiſtratu interrogante, veluti Conſule, conſtituebat. Bene: nam ſanciendarum & abrogandarum legum poteſtatem penes unum fuiſſe Populum, etiam Polybius probat *lib.* 6. & erat rationis, leges facere aut tollere eum, cujus utilitas ea re quæritur. is eſt Populus liber, & ſibi commiſſus a Natura: cui eſt utile aut noxium quod ipſe ſuis rebus utile aut noxium eſſe exiſtimet, tamquam dominus, arbiter, & moderator, rerum ſuarum. Ait porro Juſtinianus, quod Populus legem conſtituebat, Senatorio Magiſtratu interrogante, veluti Conſule: quia is inter alios habebat jus agendi cum Populo. quod eſt, (ut docet Gellius *lib.* 13. *Noct. attic. c.* 14.) Populum rogare, quid ſuffragiis ſuis jubeat. eoque modo, etiam Feſtus dicit, rogare eſſe, conſulere Populum, vel petere ab eo, ut ſciſcat, quid ferat. erat autem (ut oſtendit Briſſonius *lib.* 2. *De formulis*) formula rogantis Magiſtratus, Velitis Jubeatis Quirites: jubentis Populi, Uti rogas. Inde rogatio pro lege: eo quod eſt caput & origo & quaſi fons, & niſi populus aut plebs rogetur, nullum populi aut plebis juſſum fieri poteſt: auc-

auctore Gellio *c.* 20. *lib.* 10. ſimpliciter vero ait Imperator, legem eſſe quod populus conſtituebat: cum Atejus Capito, apud Gellium *d. c.* 20. dicat, *Lex eſt generale juſſum populi aut plebis, rogante Magiſtratu.* ſed Imperator maluit, ſub lege comprehendere privilegia: quæ ille a legibus diſtinguebat: ſicut & Feſtus, quæ privilegia ſunt, rogationes appellans. Sed loquendi conſuetudinem omnia illa confudiſſe vocabula, & leges dixiſſe, teſtis eſt Gellius *d. loc.* Non opus addi, Populum leges conſtituiſſe in comitiis centuriatis & curiatis, & quemadmodum illa a ſe, & ab utriſque tributa, diſtinguantur. nota ſunt hæc ex Gellio *lib.* 15. *c.* 27. & aliis quibus hoc propoſitum erat.

Secunda ſpecies juris ſcripti eſt Plebiſcitum. idque ab Imperatore *d.* §. 4. definitur, quod plebs plebejo Magiſtratu interrogante, veluti Tribuno, conſtituebat. & addit Imperator, quod plebs a populo eo differt, quo ſpecies a genere, id eſt pars a toto: nam appellatione populi univerſi cives ſignificantur, connumeratis etiam patriciis & ſenatoribus. plebis autem appellatione ſine patriciis & ſenatoribus cæteri cives ſignificantur. Sic Imperator ex uſu antiquorum temporum: quibus honores & magiſtratus nondum erant communicati cum plebe; ſub eaque etiam equites continebantur. poſtquam enim ſenatores, magiſtratuſque etiam ex plebe fuerunt creati; manſit quidem patriciorum & plebejorum differentia; ſed ſenatores plebi opponi deſierunt, tandem diſtinctis quoque a plebe equitibus ſub conſulatu Ciceronis, (quod Plinius refert, *lib.* 33. *Hiſt. Nat. c.* 2.) tres fuere Populi Romani ordines: Senatorius, Equeſter, & Plebejus. Inde apud Apulejum *lib.* 1x. *Metamorph.* *Quidam de ſublimi ſuggeſtu, de libro, de literis fauſta vota præfatus Principi magno, Senatuique & Equiti, totoque Romano Populo.* Et apud Ovidium *lib.* 2. *Faſtor.*

Sancte pater patriæ, tibi plebs, tibi curia nomen
Hoc dedit, hoc dedimus nos tibi nomen eques.

Cæterum ut ſola plebs in tributis comitiis, quæ proprie plebis concilium dicebantur potius, quam comitia, a Tribuno rogabatur; ita ſi reſponderet; non Lex, ſed Plebiſcitum appellabatur; eoque non patricii tenebantur, quia non conſenſerant, ſed plebeji: donec Q. Hortenſius Dictator Legem tulit ad populum, ut eo jure quod plebes ſtatuiſſet, omnes Quirites tenerentur. ita ex Lælio Felice A. Gellius *lib.* 15. *c.* 27. eique convenienter Pomponius *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* etiam Juſtinianus *d.* §. 4. Plebiſcita, inquiens, lege Hortenſia lata, (ſic legendum, dudum vidit A. Contius *lib.* 2. *Subſeciv. lect. c.* 8.) non minus valere, quam leges cœperunt. quin exinde etiam leges appellata ſunt, ut ex ſono Legis Falcidiæ, & Aquiliæ, quæ erant plebiſcita, intelligitur. ſed palam Atejus Capito *d. c.* 20. *lib.* 10. apud A. Gellium. *Lex eſt*, inquit, *generale juſſum populi aut plebis, rogante Magiſtratu.*

Tertia juris ſcripti ſpecies eſt Senatuſconſultum. idque (ut ait Imperator §. 5. *Inſt. de jur. nat.*) eſt quod Senatus jubet atque conſtituit. hoc vero ut pro jure ſcripto habeatur, ejus ille hanc adfert cauſam quæ & Pomponii eſt *d. l.* 2. §. 9. quod legis ſanciendæ cauſa plebs difficile, populus certe difficilius, convenire poterat in tanta hominum multitudine: atque ita, inquit Pomponius, neceſſitas ipſa curam reipublicæ ad Senatum deduxit. Juſtinianus dicit, æquum viſum eſſe, Senatum vice Populi conſuli. Quam illi adſerunt cauſam, tantum eſt color, cauſa non eſt. res nihilominus vera eſt: & Ulpianus *l.* 8. *D. de legibus* clare: *Non ambigitur Senatum jus facere poſſe.* Opinor, jam inde a principatu Tiberii. Nolim tamen, quamquam multis videtur, exiſtimari, ex quo Senatus cœpit pro Populo adiri, idcirco deſiiſſe rogari Populum. id enim falſum eſt; & diu poſt Tiberium rogatas a Populo leges eſſe, evidenter oſtendo *lib.* 1. *Obſerv. c.* 3. & infra *ſub tit. De Adoptionibus.* Verius dixero, etiam in ſpeciem fuiſſe poteſtatem illam Senatus, plane pendentis a nutu Principis, nec auſi agere quidquam alicujus momenti, niſi ejus permiſſu. indicio hoc Taciti *lib.* 13. *Annal. c.* 26. *Conſules relationem incipere non auſi ignaro principe, perſcripſere tamen conſenſum Senatus: ille auctor conſtitutionis fieret.* atque hinc paſſim, ubi facti Senatuſconſulti mentio, additur: quod Imperator, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui cenſendi, aut effecit, aut ſimile. exempla *l.* 32. *D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 8. *D. de tranſact. l.* 5. *C. de excuſat.* etiam apud Suetonium, *Veſpaſ. c.* 11. Solet certe Senatus Principum Orationes, de juris emendatione habitas, ſuo decreto confirmare: indeque factum, ut eadem res aliquando Principis Orationi, aliquando Senatuſconſulto, imputaretur *d. l.* 20. §. 6. *junct. l.* 22. *& l.* 40. *D. de petit. hered. item d. l.* 8. *pr.* §. 8. 17. *&* 20. *junct. l.* 23. §. 2. *D. de condict. indeb.*

Quartam partem juris ſcripti faciunt Principum placita: de quibus ita Juſtinianus §. 6. *Inſt. de jur. nat.* ex Ulpiano *l.* 1. *D. de conſt. Princ.* *Quod Principi placuit*, (Pomponius in *l.* 2. §. 11. *D. de orig. juris* ait, quod Princeps conſtituit) *legis habet vigorem:* id eſt, legis effectum habet. qua ratione? ait, *Quum Lege Regia quæ de ejus imperio lata eſt, Populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat.* Quid his verbis ſignificetur, expoſui *lib.* 1. *Obſerv. c.* 3. & poteſt ibi videri a curioſis talium. ſumma huc exit: Quod Princeps juris faciendi poteſtatem quæ adhuc erat unius Populi, ab eo accepit lege Regia, de ejus imperio lata. Hoc & nihil præterea illis verbis indigitatur. nam quod ſibi aliiſque perſuaſere Eruditiſſimi quique Viri, illis ſignificari, Univerſam Populi poteſtatem in Principem ea lege privative eſſe tranſlatam; eo-

que

que Populum omne ſuum jus cum in aliis, tum in faciendis legibus, amiſiſſe; indeque deſitum eſſe cum Populo agi; a me *d. c.* 3. ſic reſutatum; ut nil ultra ea in parte deinceps deſideretur. Igitur ut pergam, tantum dicam quod eſt hujus loci, Principem pro publica utilitate jus facere tribus modis: per Epiſtolam, per Decretum, & per Edictum: atque hæc eſſe quæ Conſtitutiones appellantur. ſic Ulpianus *d. l.* 1, ex eoque Juſtinianus *d.* §. 6. ait vero uterque, tales Conſtitutiones eſſe vel generales, vel ſpeciales: illas tenere omnes; has eſſe perſonales, nec ad exemplum trahi: præfatus, quod non hoc Princeps vult. primum illis exemplum eſt; ſi Princeps alicui ob meritum quid indulſit: id eſt, ſi quam alicui dedit immunitatem ab oneribus publicis. alterum, ſi quam irrogavit pœnam, nempe extra, aut ultra, leges. tertium, ſi cui ſine exemplo ſubvenit. igitur ad conſequentiam trahi privilegium non oportet. ne ipſum quidem ſtatim, ut eſt impetratum, idcirco obſervandum: quid enim ſi ſit adverſus jus, vel publicam utilitatem? magis refutandum eſt a Judicibus; quaſi a Principe ſit impetratum, non quod dare voluit; ſed quod ei obreptum eſt *l.* 3. *&* 7. *C. de precib. Imper. oblat.* Aliter eſt, ſi citra injuriam alicujus concedatur, & ita ſolet Princeps *l.* 2. §. 10. *D. Ne quid in loc. public.* tale vero beneficium quam pleniſſime interpretari debemus *l.* 3. *D. de conſtit. princ.* Tamen vel hoc difficultatem & quidem inſignem recipit, propter *d. l.* 2. §. 16. cujus hæc ſunt verba. *Si quis a Principe ſimpliciter impetraverit, ut in publico loco ædificet: non eſt credendus ſic ædificare, ut cum incommodo alicujus id fiat: neque ſic conceditur, niſi forte quis hoc impetraverit.* Quid enim denunciant poſtrema verba, *Niſi forte quis hoc impetraverit?* turbant, inquis, vehementer. ſed quod remedium? non memini, adferri idoneum. ſi tamen quid valeo conjectura: ſic accipienda ſunt ea verba: Niſi forte quis hoc impetraverit, non ſimpliciter, ſed cauſa cognita. at nec ſic in alterius injuriam. quando igitur? ſi quidem petitio habeat cauſam æquitatis, quia neceſſaria eſt: ſed jure ſummo refutatur: eo quod is adverſus quem ea fiat, jure ſuo acerbe utitur. quo caſu Prætor, alligatus regulis juris, non poteſt ſe interponere jure ſuo ordinario, & tamen poteſt hoc facere extra ordinem, permiſſu Principis, legibus ſoluti, ſuadente juris fine, etſi reſiſtat juris forma. ſic cenſeo; & jam *lib.* 1. *De uſufructu c.* 8. obſervavi complura talia: etiam oſtendi, facta hæc aliquando, adhibito ſchemate perſuaſionis, a Prætore faciendæ ex Reſcripto Principis. Poſtremo tenendum; quod quædam privilegia perſonis, alia cauſis, dantur: quorum differentia in *l.* 68. *&* *l.* 196. *D. de reg. jur.*

Quintam juris ſcripti ſpeciem faciunt Prætorum Edicta. nimirum ait Pomponius *l.* 2. §. 10. *D. de orig. juris*, ſolitos fuiſſe Prætores, quotannis Edicta proponere; ut ſcirent cives quod jus de quaque re quiſque dicturus eſſet, ſeque præmunirent. feciſſe vero id in albo, deſcriptis in eo formulis quas in quaque cauſa accommodari oporteret, ex Cicerone infra demonſtrabo, ſub Titulo, *De edendo.* Inde jus Prætorium ſeu Honorarium quod Prætores introduxiſſe adjuvandi vel ſupplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, Papinianus ſcribit *l.* 7. *h. t.* Factum, inquis, video. qui potuerit fieri, quæro: fuit enim conſtitutus Prætor, ut leges exequatur. ſed unde ei poteſtas ſupplendi vel corrigendi leges quibus tenebatur? Principio ait Marcianus *l.* 8. *h. t.* Ipſum jus honorarium eſſe vivam vocem juris civilis. Deinde erant quæ vetabat, etiam quæ in medio relinquebat, jus civile. in his erat fons juris Prætorii. adverſus leges prohibentes nihil id valebat. ſic clare *l.* 12. §. 4. *D. de Public. in rem act.* *&* *l.* 12. §. 1. *D. de bonor. poſſeſſ.* imo Edicti, quod eſt in *l.* 1. §. 1. *D. Quibus ex cauſ. majores*, ita ſonat poſtremus verſus, *Quod ejus per Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Nondum habes omnia. præterea notabo: quod & tum, ubi nihil prohibebat lex, Prætor nil directo agebat: magis verba mutabat, & colores quærebat, quibus adhibitis, videretur intra leges conſiſtere. ejus generis fictiones coloreſque indicavi complures *lib.* 3. *Probabil. c. ult.* nunc unum adſeram ex §. 3. 4. *&* 5. *Inſt. de actionibus:* ubi ſic ſcribit Imperator: *Plerumque ita permittit Prætor in rem agere: ut vel actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit: vel ex diverſo poſſeſſor dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe quod uſuceperit.* Addam & alterum, æque pulchrum, ex Ulpiano, *Fragm. tit.* 28. §. 12. Verba. *Hi quibus ex ſucceſſorio Edicto bonorum poſſeſſio datur, heredes quidem non ſunt, ſed heredis loco conſtituuntur beneficio Prætoris. ideoque ſeu ipſi agant, ſeu cum his agatur, ficticiis actionibus opus eſt: in quibus heredes eſſe finguntur.* At Edictum nec ſic lex erat, niſi annua: ſicut annuum erat Prætoris imperium *pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* a cujus auctoritate pendebat omnis Edicti vis & honor §. 7. *Inſt. de jur. nat.* Atque ea cauſa dicitur *facti* eſſe quod ex Edicto deſcendit; & *juris* quod ex Legibus venit *l.* 27. §. 2. *D. de pactis.* præterea inde nomen actionis directæ & utilis: item dicitur inde aliud eſſe ipſo jure nullum, aliud exceptione infirmari. quidquid eſt: quia Edicta plerumque erant plena humanitatis: ideo Populus ea ultro ſequebatur, neglecta ſeveritate Juris Civilis, mollioribus temporibus minus apti. ſic fiebat; ut Edictum per ſe infirmum, tandem jure non ſcripto æſtimatum fuiſſe, auctor ſit Cicero *lib.* 2. *De Invention.* §. 171. cæterum, ut nihil eſt in rebus humanis perfectum; ita nec ab Edictis ſperari id poteſt aut debet. Proponebantur ea quotannis: & ſequens Prætor priorum Edicta quæ tralatitia appellabantur, aliquando ſervabat immutilata;

aliquando proponebat interpolata: formabat quoque nova, pro re nata, in ingreſſu Magiſtratus: ut teſtatur Cicero *lib.* 3. *Ad Familiar. Epiſt.* 8. & *lib.* 6. *Ad Attic. Epiſt.* 1. amplius, quoties luberet, durante imperii anno: ſæpe juſta, interdum injuſta; prout erat modeſtus & verecundus, vel improbus, dans ſordibus aut gratiæ. res liquet ex Cicerone, *Orat. in Verr. De prætur. urb.* nec alia fuit ratio proponendi Edicti, Quod quiſque juris in alium ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur: quo de agetur *Tit.* 2. *lib.* 2. æque hoc arguit Lex Cornelia De Edictis perpetuis: qua cautum fuit, ut Prætores ex Edictis ſuis perpetuis jus dicerent. eam certe Legem gratiam ambitioſis Prætoribus qui varie jus dicere aſſueverant, ſuſtuliſſe, docet Aſconius Pedianus, *Arg. in Orat. Ciceron. Pro C. Cornelio p.* 123. & Dion. Caſſius *lib.* 36. Ab hac cauſa, ſimul a naturali hominum ad diſſentiendum affectu, nata fuit magna Edictorum varietas atque incertitudo: ideoque rationis fuit, cogitari de compoſitione Edicti perpetui. inſtituit perfecitque eam Salvius Julianus juſſu Imp. Hadriani. a quo etiam confirmatum eſt id Opus, Oratione in Senatu habita, & ſequuto Senatuſconſulto *l.* 2. §. 18. *C. de vet. jur. enucl.* nec jam miror, juri ſcripto a Juſtiniano annumerari §. 7. *Inſt. de jur. nat.* ac circa ejus explicationem verſatam eſſe Juriſconſultorum diligentiam: ut ex Gaji, Ulpiani, Pauli, libris ad Edictum conſtat.

Poſtrema pars juris ſcripti continetur Reſponſis Prudentum. de quibus ita Juſtinianus §. 8. *Inſt. de jur. nat. Reſponſa Prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum quibus permiſſum erat de jure reſpondere.* (in libris pleriſque eſt, *jura condere*; & melius, ut dudum ab aliis annotatum) *nam antiquitus conſtitutum erat, ut eſſent qui jura publice interpretarentur quibus a Cæſare jus reſpondendi datum eſt qui juriſconſulti appellabantur. quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a reſponſo eorum non liceret, ut eſt conſtitutum.* In his verbis triplex occurrit difficultas: una, quomodo potuerint privati Juriſconſulti ſuis Reſponſis, id eſt, ſententiis & opinionibus, jus condere, (ſic enim legendum in *d.* §. 8.) eoque dici juris auctores, & juris conditores; item ſtatuere, & conſtituere; ipſorumque opiniones appellari Conſtitutiones *l.* 66. *D. Soluto matrimonio. l.* 1. *D. de privat. delict. l.* 91. §. 3. 4. *& 6. D. de verb. oblig.* altera difficultas, ipſa ex ſuperiore profluens, eſt; quemadmodum ea Reſponſa pro jure ſcripto habeantur. tertia eſt; quis ſit ſenſus poſtremi verſus, *Quorum omnium ſententiæ &c.* Quod ad primam difficultatem attinet; auctor eſt Pomponius *l.* 2. §. 5. *D. de orig. juris:* quod poſt Leges Duodecim Tabularum, illas breves atque obſcuras, ſi quæ incideret dubitatio, (ut naturaliter evenit, ſuborientibus novis articulis vel ex legum verbis, vel ex mente) ſoliti fuere convenire Juriſconſulti: Diſputatione Fori (ſic dicebatur) quæſituri, quid recipi oporteret. in ea vero Diſputatione quod placebat omnibus vel pluribus, Regula Juris, item Fori Sententia, & Fori Definitio, appellabatur: eratque ea in judiciis permagnæ auctoritatis; ſed quia erat privatorum hominum, non habebat vim juris: niſi utentium moribus approbata. quo caſu Recepta Regula, aut Recepta Sententia, vocabatur: & apud Papinianum *l.* 7. *h. t.* facit partem Juris Civilis, at non ſcripti: ut ex Pomponio intelligitur *d. l.* 2. §. 5, & egregio exemplo a Juſtiniano confirmatur *pr. Inſt. de codicillis.* Paucis occurri difficultati primæ. plura attulit V. CL. Jacobus Rævardus *De auct. Prudentum c.* 14. Sed hæc ſuffecerint meo inſtituto. Altera quæſtio eſt: qua ratione poſſint Reſponſa Juriſconſultorum juri ſcripto annumerari a Juſtiniano *d.* §. 8. Puto autem, hoc ſero eſſe factum; & primum Conſtitutione Imperatoris Theodoſii *l. unic. Cod. Theod. De reſponſis Prudentum:* qua ſcripta Juriſconſultorum, qui ibi nominantur, omniumque quos illi celebrarunt, auctoritatem lectionis acceperunt: improbatis tamen Pauli & Ulpiani Notis ad Corpus Papiniani. quod ſi diverſæ ſint eorum ſententiæ: (non enim ſemper conſenſerunt omnes) placet Theodoſio, vincere auctorum numerum. ſin pares numero ſint: potiorem eſſe ſententiam in qua fuerit Papinianus. Sic Theodoſius. eſt autem id vel eo obſervandum: quod inde lumen accedit Juſtiniano: Veterum Fragmentis quæ ſunt in Pandectis, juris auctoritatem concedenti via plane contraria *l.* 1. §. 5. *& 6. D. De conceptione Digeſtorum.* Reſtat, quis ſit ſenſus poſtremi verſus *d.* §. 8. *Inſt. de jur. nat. gent. & civil.* Sic autem cenſeo; quod Reſponſa Prudentum, niſi moribus aut Reſcripto confirmata, ante *d. l. unicam* nullam juris auctoritatem habuerunt. eoque facile credo Ciceroni *Pro Murena c.* 13: dicenti, adverſus ea reſponſa & decreta ſæpe fuiſſe judicatum. nec potuit fieri aliter, diſſidentibus ſententiis. Utique ſupervacua fuiſſet Theodoſii Conſtitutio, ſi quidquid aut ſcriptum aut reſponſum a Juriſconſultis fuerit, jam ante ejus Conſtitutionem vim juris habuiſſet. Aliquem moveat: quod Auguſtus, quo major juris auctoritas haberetur, dicitur conſtituiſſe, ut ex auctoritate ejus reſponderent Juriſconſulti *l.* 2. §. 47. *D. de origine juris.* Sed hoc non alio pertinet, quam ut inde liceret paucis, quod ante licebat omnibus, fiduciam ſtudiorum ſuorum habentibus. Sic liquet, cum ait Juſtinianus in fine *d.* §. 8. *Quorum omnium ſententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a reſponſo eorum non liceret, ut eſt conſtitutum*) non aliam intelligi Conſtitutionem, quam Theodoſii in *d. l. unica:* quando præſertim, quod a Juſtiniano dicitur, ante eam neque conſtitutum, neque jus, fuit.

TITULUS II.

De Origine juris, & omnium Magiſtratuum, & ſucceſſione Prudentum.

PARTES hujus Tituli tres ſunt: omnes ſcitu dignæ. in præſentia tamen non explicandæ. non prima, quia dicta ſuperiore Titulo de ſpeciebus juris ſcripti, faciunt mihi otium ab ejus expoſitione. ne alteram attingam, hanc habeo cauſam: quod ſuus veniet de ea dicendi locus Titulo IX & ſequentibus. poſtrema pars patet longius, quam ut paucis abſolvi debeat. quid, ſi nil opus, exſcribere de vitis Veterum Juriſconſultorum tradita a Viris Clariſſimis, Johanne Bertrando, & Gulielmo Grotio: quæ ſunt in manu omnium. poterit etiam curioſior talium, uti Notis & Commentariis Doctiſſimorum hominum qui hunc Titulum jam dudum illuſtrarunt.

TITULUS III.

De legibus, Senatuſconſultis, & longa conſuetudine.

PARTES hujus Tituli ſunt tres: prima eſt de legibus, altera de Senatuſconſultis, tertia de longa conſuetudine. ſed de Senatuſconſultis iterum dici, nihil opus: quia de his jam egi in expoſitione partium juris ſcripti. Ibidem leges quoque attigi: ſed hiſtorico more; magis ut liqueret juris auctor & conditor, quam ut legum natura intelligeretur. erit igitur pretium operæ, hic primum de legibus, & deinde de longa conſuetudine quæ poſtrema Rubricæ pars eſt, paucis diſſerere.

In *l. 2. h. t.* ex Marciano ponitur duplex legis definitio: una Chryſippi, altera Demoſthenis. neutra vera, ſed quæ Græcis κατ᾽ ἔπαινον, id eſt, ſecundum laudem, appellatur, auctore Iſidoro *lib. 2. Origin. c. 29.* tantum in ea quæ Chryſippi eſt, notabo: quod ait, legem oportere eſſe regulam juſtorum & injuſtorum: quomodo Seneca *lib. 4. De benefic. c. 12.* Verba Senecæ. *Cum creditum dicimus, imagine & tranſlatione utimur. ſic & legem, juſti injuſtique regulam eſſe.* Regula autem eſt, quam imitemur. Hoc ſenſu Plinius *lib. 34. Hiſt. nat. c. 8. Polycletus*, inquit, *fecit quem canona artifices vocant, lineamenta artis ex eo petentes, velut a lege quadam, ſoluſque hominum artem ipſe feciſſe artis opere judicatur.* Non minus placet hoc in Demoſthenis definitione: *Lex eſt cui omnes obtemperare convenit: tum ob alia multa, tum vel maxime eo, quod omnis lex inventum ac munus Dei eſt.* Nempe, quia omnia ab hominibus facta naturali ratione, divina voluntate facta intelligi par eſt: non eſt dubium, quin humanæ leges, pertinentes ad tuendam civilem ſocietatem ratione naturali inter homines inſtitutam, ratione naturali, id eſt, divina voluntate, inventæ conſtitutæque intelligi debeant.

Tranſeo ad *l. 1. h. t.* in qua eſt ſequens Papiniani definitio, ei quæ eſt Demoſthenis in *d. l. 2*, non abſimilis. *Lex eſt commune præceptum, virorum prudentium conſultum: delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio: communis reipublicæ ſponſio.* Primum ait Papinianus, quod lex eſt, *præceptum:* non quale quale; ſed cui ineſt *coërcitio*, & (ut ab illo dicitur *l. 41. D. de pœnis*) additur ſanctio. ita optime Seneca *Epiſt. 95. Leges*, inquit, *ſunt minis mixta præcepta.* Et ab hac cauſa apud Ovidium *lib. 1. Metamorph.* in deſcriptione ſeculi aurei.

— *Nec verba minacia fixo ære ligabantur.*

Similiter apud Prudentium *lib. 2. Adverſus Symmachum.*

— *Dicant, cur condita ſit lex*
Bis ſex in tabulis, aut cur rubrica minetur
Quæ prohibet peccare reos.

Eſt igitur Lex, præceptum, & minax: ſed *commune.* hoc enim addit Papinianus. Atejus Capito, apud A. Gellium *lib. 10. Noct. Attic. c. 20. Lex eſt*, inquit, *generale juſſum populi aut plebis, rogante Magiſtratu.* Et utrique convenienter Ulpianus *l. 8. h. t. Jura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur.* In Duodecim quoque Tabulis ſic cautum fuiſſe, *Privilegia ne irroganto*, conſtat ex Cicerone, *De legibus lib. 3. c. 19*, & *Pro domo c. 17.* Non tamen hoc eſt ſine difficultate, propter hoc Pauli, (quod in *l. 16 h. t.* eſt ex ejus *lib. ſingulari De jure ſingulari*) *Jus ſingulare eſt, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate conſtituentium introductum eſt.* Niſi putamus, jus ſingulare, etſi adverſus rigorem juris conſtituatur ob publicam utilitatem; tamen eſſe commune præceptum: quia non in unam conſtituitur perſonam, ſed in ejuſdem conditionis perſonas plures: ut evenit in jure fiſci, dotium, principis, creditorum, & his ſimilium. Eſt etiam, ubi jus ſingulare ſpectat ad univerſos cives: quale eſt quod in pecunia credita eſt receptum *l. 15. D. de rebus creditis.* Major metus eſt a privilegiis, ad unum hominem pertinentibus: cum ſint privæ leges. Sed intereſt, utrum in aliquem, an pro aliquo, aut de aliquo, feratur privilegium. alterum fit in bonam partem; forte ſi præmium datur, aut pœna remittitur: alterum in malam; ut, ſi nova ponitur pœna, aut vetus gravatur. illud non vetuit Lex Duodecim Tabularum; & extant exempla.

hoc vetuit: non enim dicit, Privilegia ne roganto: ſed, Ne irroganto. quo ſenſu dicimus, pœnam irrogari, mulctam irrogari, infamiam irrogari *l.* 131. §. 1. *D. de verb. ſign. l.* 20. *l.* 41. *D. de pœnis. Tit. C. Quib. ex cauſ. infam. irrog.* ita certe Cicero *lib.* 3. *De legib. c.* 19. *In privatos homines leges ferri noluerunt: id eſt enim privilegium: quo quid eſt injuſtius?* Eodemque modo Ulpianus *d. l.* 8. *Jura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur.* Fuerit pro ratione ejus ſententiæ hoc Quintiliani, *Declam.* 339. *Quamquam rationem etiam, propter quod non liceat rogationem contra ſingulos ferre, illam video, quod peccata ſingulorum videantur habere leges ſuas. homicidium fecit aliquis, ſacrilegium, injuriam, cæteraque his ſimilia: ſuo jure punitur.* Erat vero id neceſſarium, libera republica, & ibi nimia potentia ſeditioſorum Tribunorum plebis: ut indicare etiam Cicero videtur. at mutata republica, minore periculo id jus fuiſſe creditur, nulla cauſa odii Principalis in privatos, infra Principem conſtitutos, neſcio, an ab adulatione: cum & Principes ſint homines, humanis vitiis non minus, quam alii, obnoxii. tamen ſic obtinuiſſe, docet Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de Conſt. Princ.* Sed revertor ad definitionem: ait Papinianus *l.* 1. *h. t.* quod Lex eſt, *virorum prudentum conſultum:* non aliam ob cauſam, quam quod pleræque leges a ſapientibus ſunt decretæ & latæ. Conſultum enim Papiniano non eſt, conſilium aut ſuaſio: ſed decretum. nam conſulere, apud Veteres, non modo eſt ſuadere, ſed etiam judicare & decernere: ut alibi indicavi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 18. Porro ait Papinianus, quod lex eſt, *coërcitio delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur.* Apud Marcianum *l.* 2. *h. t.* ſic transfertur, *Coërcitio eorum quæ ſponte vel involuntarie delinquuntur.* Utrumque eodem ſenſu. Pulchre Cicero *Topicis c.* 32. *Omnium cauſarum in aliis ineſt conſtantia, in aliis non ineſt. in natura & in arte conſtantia eſt, in cæteris nulla. ſed tamen earum cauſarum quæ non ſunt conſtantes, aliæ ſunt perſpicuæ, aliæ latent. perſpicuæ ſunt quæ appetitionem animi judiciumque tangunt. latent quæ ſubjectæ fortunæ ſunt. cum enim nihil ſine cauſa fiat, hoc ipſum eſt fortunæ eventus obſcura cauſa quæ latenter efficitur. etiam ut ea quæ fiunt, partim ſint ignorata, partim voluntaria. ignorata quæ neceſſitate effecta ſunt, voluntaria quæ conſilio. quæ autem fortunæ vel ignorata, vel voluntaria. nam jacere telum voluntatis eſt: ferire quem nolueris, fortunæ. ex quo aries ille ſubjicitur in veſtris actionibus; ſi telum manu fugit magis, quam jecit. cadunt enim in ignorationem atque in imprudentiam perturbationes animi, quæ quamquam ſint voluntariæ, (objurgatione enim & admonitione dejiciuntur) tamen habent tantos motus, ut ea quæ voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Ex Cicerone apparet, quod apud Marcianum eſt ſponte & involuntarie, apud Papinianum ſponte & ignorantia æque recte dici. ita utrumque velle, legem coërcere delicta non modo facta dolo malo, id eſt, deliberato animo, ſeu integra voluntate, ſed etiam animo perturbato, id eſt, per imprudentiam, ſeu voluntatem non integram: ut ſi culpa arguatur, aut res ſit mali exempli, etſi non ſit mali animi. prioris generis exemplum in lege Cornelia de ſicariis quæ ſolum punit dolum malum *l.* 1. §. 3. *l.* 7. *D. Ad leg. Cornel. de ſicar.* poſterioris in lege Aquilia, puniente culpam etiam leviſſimam *l.* 44. *D. Ad leg. Aquil.* item aliud *l.* 3. §. 2. *D. Ad leg. Corn. de ſic.* Poſtremo ait Papinianus *l.* 1. *h. t.* quod lex eſt, *communis reipublicæ ſponſio:* quomodo apud Dionyſium Halicarnaſſenſem *lib.* 10. *Rom. antiq. c.* 1. Conſules & Patriciorum potentiſſimi ajunt, *Leges eſſe pacta ex communi civitatum, non partis civium in iis habitantium, conſenſu facta.* Etſi neſcio an legem melius ſic definiat Ariſtoteles, *Rhetoric. ad Alexandrum c.* 1. *Lex oratio quædam eſt quæ communi civitatis conſenſu definita, jubet, quo pacto unumquidque agendum ſit.* Intereſt enim inter legem & pactionem ſeu ſponſionem. nam lex eſt juſſum ex pactione profectum. pactio ſeu ſponſio eſt Magiſtratus rogantis, Velitis jubeatis Quirites, & populi reſpondentis, Uti rogas. ex illa pactione ait lex, Ne quis poſthac ſtuprum adulterium facito ſciens dolo malo *l.* 12. *D. Ad leg. Jul. de adult.* Item, Uti legaſſit, ita jus eſto *l.* 120. *D. de verb. ſign.* Lex igitur proprie non eſt pactio, ſed juſſum ſummæ poteſtatis; &, ut optime Ariſtoteles, oratio quædam quæ communi civitatis conſenſu definita, jubet, quo pacto unumquodque agendum ſit. Sed hæc confuderunt Veteres.

Vidimus legis definitionem. videamus virtutem. de hac ita Quintilianus *lib.* 7. *Inſt. orat. c.* 4. *Lex omnis aut tribuit, aut adimit, aut punit, aut jubet, aut vetat, aut permittit.* Brevius & elegantius ſic Modeſtinus, *Legis virtus eſt, imperare, vetare, permittere, punire l.* 7. *h. t.* Poſſit tamen vel hoc videri non ſine difficultate: eo quod non addit Modeſtinus, ſuadere: cum in Pandectarum Fragmentis complura extent conſiliorum ſuaſionumque exempla: ut in *l.* 34. *h. t. l.* 36. *D. de rei vindic.* & alibi. Sed Modeſtini ſermo eſt de virtute legis: Fragmenta autem illa non ſunt leges; ſed doctrinæ Juriſconſultorum, etſi a Juſtiniano acceperint legum auctoritatem. hoc vero contigit poſt Modeſtinum, nec illi umquam venit in mentem. igitur non putavit Modeſtinus, eſſe legis, cives ornare virtute aut ſapientia: ſed tantum vi atque imperio cavere publicæ quieti adverſus illorum ſtultitiam aut improbitatem: animi autem ornamenta, id eſt, doctrinam & virtutem, relinquere prudentiæ Juriſconſultorum. atque illo ſenſu Præcepta Juris quæ tantum hortantur, non cogunt, nec puniunt, diſtingui a Regulis Juris quas Mode-

deſtinus hic virtutes legis appellat, multis oſtendi *Julio Paulo c. pen. & ult.* Eſt igitur Legis virtus, imperare utilia & vetare contraria: illa præſertim quæ ut plurimum accidunt; non quæ ex inopinato *l. 3. h. t.* Celſus *l. 4. & 5.* ait, jus potius debere aptari ad ea quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro eveniunt. quin Paulus *l. 6* quod ſemel, inquit, aut bis contingit, prætereunt legiſlatores. Porro dicit Modeſtinus, Legis virtutem eſſe, permittere. Atqui hoc eſt, nihil agere. Seneca *lib. 3. De benefic. c. 21. Quædam ſunt quæ leges nec jubent, nec vetant.* Vereri igitur quis poſſit; ne permiſſio proprie non ſit legis opus. Tamen hæc ad legem pertinet, quatenus demit pœnam, ſi indulget aliquid majoris mali evitandi gratia: quod de concubinatu obſervat Ulpianus *l. 3. §. 1. D. de concubinis.* idem eſt animadvertere, ſi lex cavet; ne quis in eo quod permittitur, ab alio impediatur: ut ſit; cum jubet, ita jus eſſe, uti paterfamilias legaſſit *l. 120. D. de verb. ſignif.* Poſtrema Legis virtus Modeſtino eſt, punire. puto, ne contemptui pateat Lex, non munita terrore adverſus ſtultos aut feroces, communem utilitatem ponentes poſt privatam. & pertinet huc ſanctio, pars Legis certam pœnam irrogans iis qui non obtemperaverint ejus præceptis *l. 41. D. de pœnis.* Fuiſſe tamen leges ſanctione carentes; eaſque, quia non puniunt, aut non reſcindunt actum contra leges factum, imperfectas appellari ſolitas, cum ex Livio, & Macrobio, tum ex Ulpiani *Fragmentis tit.* 1, aliiſque oſtendit Fredericus Brummerus *Ad Legem Cinciam c.* 111. quem non deſcribo. ſaltem addam, quod ab illo omiſſum, leges omnes hodie eſſe perfectas ex Conſtitutione Theodoſii & Valentiniani *l. 5. C. h. t.* niſi forte malit Legiſlator, negotium quidem ipſo jure ſubſiſtere, ſed ei effectum a Prætore denegari: ut in Senatuſconſulto Macedoniano & Vellejano annotabo.

Quid igitur efficimus? oportere unumquemque ex præſcripto legis, tamquam animæ civilis corporis, inhibita declinare vel permiſſa ſectari, utique poſtquam id manifeſtius cognoverit *l. 9. C. h. t.* eſt enim recte notatum, legem tantum ſuturis dare formam negotiis; non ad præterita facta revocari *l. 7. C. h. t.* ſcilicet, quia futura poſſunt evitari; præterita non poſſunt. futura autem negotia in *d. l. 7.* puta eſſe, non lites de negotio præterito orituras: ſed futura negotia ex quibus lis naſci poſſit. niſi (ut ait *d. l. 7.*) ſit nominatim cautum de præterito tempore, & negotiis adhuc pendentibus. finge: nova lex interpretatur veterem. eſt rationis, novam retrahi ad veterem: cujus mens lege nova illuſtratur: cum utique foret inveſtiganda *Novell. 19.*

Nec hoc præteribo: quod, ut omnes legibus in civitate teneantur, excipitur tamen lege aliqua ſolutus a Populo, a Principe, aut a Senatu. nam vel hoc obtinuiſſe, docet Aſconius Pedianus *Argum. in Orat. Ciceronis Pro C. Cornelio:* nec minus pulchre pleneque ex eo intelligitur; quod una ſolutus lege, ex uſu Latini ſermonis, legibus ſolutus dicitur. Innotuit hoc eruditioribus. ego ignorare id nullum volo. cur enim ſinam, ſtudioſos Juris, cum legunt apud Ulpianum *l. 31. h. t. Principem legibus ſolutum eſſe*, falſa perſuaſione exiſtimare, eum legibus nullis teneri: tamquam omnibus, ſine exceptione, ſit ſolutus? non debet ſic crude accipi *d. l.* Ulpianus. quin, ſi verum amamus, vivit cæterorum more Princeps legibus omnibus: præter eas quibus ſpecialiter ſolutus ſit, quatenus attinet ad privata vitæ miniſteria *l. 4. C. h. t.* etſi pro majeſtate imperii leges facientem aut corrigentem, poſtulante communi utilitate, hactenus legibus, id eſt, juris ſolemnibus, eſſe ſolutum, negari nequeat *l. 3. C. de teſtamentis. l. 23. D. de legatis lib. 3. §. ult. Inſt. Quib. mod. teſtam. infirm.* Quid igitur intendit *d. l. 31* Ulpianus: *Princeps*, inquiens, *legibus ſolutus eſt?* nimirum, quod vult uſus Latinæ linguæ, Principem eſſe ſolutum Lege Julia & Papia: id eſt, cum a Senatu accepiſſe immunitatem ab illa Lege: nihil aliud. primum de hac Lege eum cogitaſſe, indicio eſt Inſcriptio *d. l. 31*: quæ ſic habet, *Idem lib. 13. Ad legem Juliam & Papiam.* deinde conſtat ex Dione *lib. 59. pag.* 747, Imperatorem Caligulam, ut nominatim lege Julia & Papia ſolveretur, a Senatu impetraſſe. ſed in primis huc ducit poſterior Ulpiani verſus: *Auguſta autem licet legibus ſoluta non eſt, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt quæ ipſi habent.* Aut enim me fallit animus meus, aut ex hoc verſu apparet, ab Ulpiano non diſputari, an Princeps ſit omnibus legibus, ſine exceptione, ſolutus: quod vulgo præ ſe ferunt Interpretes: ſed, an habeat privilegium a Lege Julia & Papia. poſtquam enim de Principe dixit Ulpianus; deinde ait, Auguſtam quidem non eſſe ſolutam legibus; id eſt, non quidem a Senatu accepiſſe privilegium a Lege Julia & Papia: tantum enim eſſe datum Principi: ſed Principes Auguſtæ eadem tribuere privilegia quæ ipſi habent. Id vero in ſumma quid efficit? niſi quod Auguſta a Lege Julia & Papia eamdem habet immunitatem quam habet Princeps: ſed hic a Senatu; illa a Principe. Hæc nunc breviter. plura dedi *Diſſert. De jur. ſummi imper. & lib. 1. Obſerv. c. 3. & 4.*

Huc uſque egi de legis definitione, natura, effectu. tempus eſt, cogitare de interpretatione. ſed primum monebo, legem certam atque indubitatam neque deſiderare, neque pati, interpretationem: uno relicto ejus obſequio. ita, ſi liqueat legis ratio. imo, ſi non liqueat: modo certa ſit voluntas. nam (ut egregie Julianus *l. 20 h. t.* & ipſe exemplo declaravi *lib. 1. Obſerv. c. 2*) non omnium quæ a majoribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt. Ain' tu? pleraque legum ante, quam jubentur aut ve-

tantur, ſunt indifferentia. tantum ſolet ex mediis eligi ad quod ſtetur; ne aſſidua de æquitate lis ſit. jam quod lege probatur, non ſemper eſt juſtius eo quod lege negligitur. porro miramur, in incerto parvi diſcriminis aliquando latere electi juris rationem, etſi pareat ejus ſententia? potius putemus, intereſſe rerum civilium, quoties eſt certa legum ſententia, non inquiri rationes eorum quæ conſtituuntur: alioquin futuro; ut multa jam certa everterentur. Sic Neratius *l. 21. h. t.* & clare: niſi monendum, quod dicit, *Rationes eorum quæ conſtituuntur, inquiri non oportere*, ſimile eſſe huic Lactantii *lib. 2. Divin. Inſt. c. 7. Tantaque eſt auctoritas vetuſtatis, ut inquirere in eam, ſcelus eſſe ducatur*. ſic enim apparet, *inquirendi* verbo apud Neratium, non aliam intelligi inquiſitionem, quam corrigendi mutandique animo factam. Id obiter. Porro dicam, legem certam, licet duram, ubi ſcripta eſt, ſervandam eſſe *l. 12. D. Qui & a quibus manumiſſi:* ideoque nulli privato, ſive Juriſconſulto, ſive Magiſtratui, ejus interpretationem permitti, ne prætextu quidem inducendæ æquitatis. Subrides: video: ſed noli. nam legem interpretari eſt, ejus ambiguitatem regere, æquitate petita ab ejus mente: at æquitatem legi inducere contra mentem ejus, non eſt, interpretari legem: ſed aliam facere. quod non eſt privati Juriſconſulti, aut Magiſtratus: ſed Legiſlatoris: id eſt, Principis. Conſtantinum audi *l. 1. C. h. t.* ſic loquitur: *Inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere.* Certum autem (nam hoc addam) intelligitur, quod ſemper habuit certam interpretationem *l. 23. l. 37. & 38. h. t.* Satis de lege certa. Quid, ſi dubia atque ambigua ſit? jam adjuvandum interpretatione eſt ejus incertum: ut clareat voluntas, ſola tenens omnes, quia ſola lex eſt.

Incidit vero dubitatio aliquando circa legis verba, aliquando circa mentem. ſed qualiſcumque illa ſit: bene monet Celſus *l. 24. h. t.* Incivile eſſe, niſi tota lege perſpecta, una aliqua particula ejus propoſita, judicare, vel reſpondere. idque in privatis quoque ſcriptis obſervari, æquum eſt. Apulejus, *Apolog. Multa ſunt quæ ſola prolata, calumniæ poſſint videri obnoxia. cujavis oratio inſimulari poteſt: ſi ea quæ ex privatis nexa ſunt; principio ſui defraudentur: ſi quædam ex ordine ſcriptorum ad libidinem ſupprimantur.* Ante omnia igitur cum explicanda lex eſt, oportet inſpici ejus verba, & quidem univerſa, mentem ex ſolido indicatura. ſunt vero vel ſimplicia vel compoſita. in ſimplicibus deprehenditur ambiguitas: ſi plures ſint verbi ſignificationes, aut propriæ, aut impropriæ. in compoſitis oritur ex ſtructura. utroque caſu comparanda ſunt præcedentia cum ſequentibus; & retinenda proprietas, quamdiu ſervit legis ſententiæ: alioquin arripienda ſignificatio rei gerendæ aptior *l. 67. D. de reg. jur.* qualis dicitur vitio carere *l. 19. h. t.* ſane, cum leges ſint decreta prudentum virorum, pro tuenda communi utilitate; an eſt veriſimile, legis auctorem in re gravi & ſeria voluiſſe ſtulte atque abſurde loqui? ne puta. agendum igitur omni modo eſt: ut evitetur abſurditas. id Veteres diligenter obſervarunt, & ſunt complura exempla: ſed contentus ero, indicaſſe duo: unum Pauli *l. 36. §. 3. D. de petit. hered.* alterum Ulpiani *l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor.*

At ambiguitas non ſemper hæret circa verba: aliquando penetrat ad mentem. quod ſi eſt: placet hoc Pauli *l. 19. D. Ad exhibendum: Non oportet jus civile calumniari, neque verba captare: ſed qua mente quid dicatur, animadvertere.* Ita non ſit recedendum a legis verbis, ejus menti congruentibus: interim ſcire leges non eſt, verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem *l. 17. D. h. t.* id eſt, mentem & voluntatem: qua una lex cenſetur: verbis magis ad hanc deſignandam comparatis. optime ſic Cicero, *Pro Cæcina c. 18. Quid? verbis ſatis hoc cautum erat? minime. quæ res igitur valuit? voluntas, quæ ſi tacitis nobis intelligi poſſet; verbis omnino non uteremur. quia non poteſt; verba reperta ſunt, non quæ impedirent, ſed quæ indicarent voluntatem.* Igitur huc paulatim devenitur: ut non magis oporteat quem facere adverſus legis mentem, quam adverſus ejus verba: quia hoc modo facit contra legem; illo facit legi fraudem, utrum autem fiat; in ſumma quid refert *l. 29. & 30. D. h. t.* Non minus egregie nos meminiſſe, ſuadet Modeſtinus, nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pati; ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione, contra ipſorum commodum, producamus ad ſeveritatem *l. 25. h. t.* Ne exemplum deſit, appoſui *l. 14. C. de procuratoribus.* & licet inſpicere. Sunt igitur benignius interpretandæ leges, quo voluntas earum conſervetur *l. 18. D. h. t.* ſemper agentium, ut proſint: numquam, ut noceant. eſt ſententia hæc Conſtantini *l. 8. C. de judiciis:* dicentis, *Placuiſſe in omnibus rebus præcipuam eſſe juſtitiæ æquitatiſque, quam ſtricti juris, rationem.* Non eſt hinc aliena vel illa obſervatio: quod evenit ſæpe; ut latius pateant legis verba, quam ejus ſententia. contra evenit quoque, ut ſint anguſtiora. illic reſtrictione, iſtic extenſione, opus eſt: certo, pro lege haberi; non quod ſcripto, ſed quod voluntate, continetur: igitur ſi late pateant legis verba, & anguſta ſit ejus ſententia: perinde accipitur lex, ac ſi plus dixerit, minus ſignificaverit. id uſum invenit *l. 3. §. ult. & l. 4. D. de recept. & qui arbitr. l. 2. §. 3. D. Ad Senatuſc. Vellej.* Vice verſa, ſi anguſta ſint legis verba, & late porrigatur ejus ſententia: poteſt interpretatio, tamquam legis permiſſu, ex eo quod ſcriptum eſt, ratiocinando procedere ad non ſcriptum, nec cogitatum: modo ſi eſſet cogitatum, probabiliter fuiſſet ſcripto comprehen-

henſum. eſt vero hæc interpretatio eo majoris uſus: quia neque leges, neque Senatuſconſulta, ita ſcribi poſſunt; ut omnes caſus qui quandoque inciderint, comprehendantur: ſed ſufficit, ea quæ plerumque accidunt, contineri: & cum in aliqua cauſa manifeſta eſt ſententia; is qui jurisdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita jus dicere debet *l.* 10. 11. 12. *&* 13. *h. t.* Hæc vero interpretatio ſicut fit ex mente legis: ita cautionis eſt; ne fiat adverſus eam: quando, certa legis voluntate, nullus eſt interpretationi locus: ut maxime prætexatur æquitas. Res ultro clara. Utinam ſatis eſſet animadverſa ab Interpretibus! numquam perſuaſiſſent ſibi aliiſque, licitam parentibus eſſe liberorum exheredationem ob alias cauſas, quam in *Novell.* 115. *c.* 3. a Juſtiniano expreſſas. eſt enim falſa illa ſententia: non quod negem, potuiſſe alias cauſas æque juſtas addi. contra ſcio, eſſe multas æque juſtas, imo etiam juſtiores expreſſis. illud me movet: quod Imperator alias cauſas, præter expreſſas, interpretatione induci vetuit. nec ad rem pertinet, utrum ratione ſic ſtatuerit, an ſecus: cum ejus rei judicium excedat modum privati Juriſconſulti aut Magiſtratus, alligati legibus: ſoliuſque ſit Principis, legibus ſoluti. Servanda igitur eſt ea durities, donec a Principe immutetur: cum adverſus legem certam, etſi iniquam aut duram, privatis nihil permittatur: ut jam in anteceſſum indicavi. Non minus obſervandum, (eſt enim ab eodem principio) quod contra rationem juris receptum eſt, non eſſe producendum ad conſequentias. ſic Paulus *l.* 14. *D. h. t.* & recte: numquam enim debet lex cum lege interpretando committi. id vero futurum eſt: ſi ad conſequentias trahatur ſingulari jure conſtitutum: non enim lex a privatis hoc fieri voluit; ne ſimilitudine quidem rationis *l.* 15. *&* 16. *h. t.* Potius licebit eo caſu uti argumento a contrario. idque Papinianus *l.* 1. *D. de officio ejus cui mand. juriſd.* vocat fortiſſimum. rectiſſime in vera lege cujus ſingularis ratio ſit: qualis eſt lex Julia qua de loquitur. Simile dicam de *l.* 8. *C. de revoc. donat.* quæ eſt lex Conſtantini, ſcripta ad Orphitum, Præfectum Prætorio. ea lex ſpecialiter patrono, propter liberos ei poſtea natos, indulget revocationem donationis, liberto ante factæ. In eo exemplo & ſimilibus poteſt dici, Lex noluit quod non dixit: item, lex non permittendo exigere vetuit: ut ait Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 21. Ex eodem genere eſt hoc *l.* 22. *h. t.* Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum prohibet. Cæterum, quod Papinianus fortiſſimum eſſe argumentum dixit in Lege Julia, & ipſe confeſſus ſum in Conſtitutione Conſtantini: falſum atque inane eſt in Reſcriptis Codicis quæ ſunt ad factum certum: qualia pleraque ſunt. idemque eſt in Fragmentis Pandectarum: quæ proprie ſunt doctrinæ Veterum Juriſconſultorum, etſi jure novo acceperint vim legum. non minus vana in his omnibus ſunt argumenta quæ ab Interpretibus paſſim fiunt a conſequentia, puto, præter Veterum Auctorum mentem, non ſine confuſione juris noſtri: ut in loco demonſtrabo ex *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutorum*, & aliis exemplis ante hac demonſtravi, *Julio Paulo c.* 7.

Expoſui omnem juris ſcripti rationem. reliquum eſt; ut de jure non ſcripto diſputemus. id jus Rubrica noſtra appellatione longæ conſuetudinis deſignat. nam, ut in anteceſſum monui, jus eſt populi juſſum, id eſt, populi voluntas palam vel tacite declarata: palam ſcripto, ut lege: tacite ſine ſcripto rebus & factis, id eſt, moribus & conſuetudine. Eſt igitur conſuetudo tacita populi voluntas. quæ ut liqueat, (eſt enim facti) tria concurrere oportet: primum tempus diuturnum, deinde actuum frequentiam, poſtremo ne abhorreat a ratione naturali. primum deſideravi tempus diuturnum. inde diuturni mores, diuturna conſuetudo, inveterata, longa, & longæva conſuetudo, & ſimilia §. 9. *Inſt. de jur. natur. l.* 32. §. 1. *l.* 33. *l.* 35. *b t. l.* 1. *&* 2. *C. Quæ ſit long. conſuetudo.* Quantum autem debeat eſſe tempus, ut longa ſit conſuetudo, quia in jure non eſt expreſſum, Judicis arbitrio relinquendum eſt *l.* 1. *D. de jur. delib.* Deinde deſideravi actuum frequentiam. hanc attingit *d. l.* 1. *C. Quæ ſit long. conſuetudo: Præſes*, inquiens, *provinciæ probatis iis quæ in oppido frequenter in eodem controverſiarum genere ſervata ſunt, cauſa cognita ſtatuet.* In *l.* 3. *C. eod. tit.* id ſic exprimitur: *Leges quoque ipſas antiquitus probata & ſervata tenaciter conſuetudo imitatur.* Inde quæritur, quam dicamus frequentiam? aliquis putet, ſufficere duos aut tres actus: quia pluralis numerus dicitur duobus aut tribus eſſe contentus *l.* 11. *D. de teſtibus.* Sed non probo: nam ubi duo aut tres ſunt; plures quidem uno ſunt, at frequentia non eſt. niſi quis poteſt ſibi perſuadere, frequentem eſſe Senatum, frequentem populum, aut frequens collegium: cum adſunt duo aut tres de Senatu, de populo, aut de collegio. ſed id cenſentem ſonus verbi refutet: frequentia non paucos, ſed multitudinem, ſignificante. Non magis poteſt tenaciter ſervata dici conſuetudo; niſi ſæpiſſime ſervata. interim quot actus faciant frequentiam, nec ejus extat definitio. eſt igitur vel ipſa Judicis arbitrio relinquenda. Illud parvi refert, quales ſint hi actus: judiciales, an extrajudiciales: modo ad intelligendam populi voluntatem ſint idonei. tantum conſilii ac prudentiæ eſt hoc Ulpiani *l.* 34. *h. t. Cum de conſuetudine civitatis vel provinciæ confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicta aliquando judicio conſuetudo firmata ſit.* Hactenus legitur, *contradicto aliquando judicio.* ſed verior lectio eſt, *contradicta aliquando judicio.* obſervavit hanc Leunclavius,

V.

V. Cl. *lib.* 2. *Notatorum c.* 3. ex ſequente Græcorum verſione: *Tunc utimur conſuetudine, quum aliquando in dubium vocata, judicio firmata fuit.* Poſtremo requiſivi; ne conſuetudo abhorreat a naturali ratione. & recte. nam ubi ratio deficit, ibi eſt error. is vero imperitiam detegit: eoque nec intellectum habet, nec voluntatem: quibus æſtimatur conſuetudo, nihil præter Populi conſenſum, ſive voluntatem, ſignificans. Huc decurrit illud Celſi; *Quod non ratione introductum eſt, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum, in aliis ſimilibus non obtinet l.* 39. *h. t.* Eodem pergit Varro *lib.* 8. *De ling. Latin.* verbis ſequentibus: *Qui ad conſuetudinem nos vocat, ſi ad rectam, ſequamur: ſin ad eam invitet, quæ eſt depravata, nihilo magis ſequamur.* Æque Juſtinianus *Novell.* 134. *c.* 1. *ad fin.* ſic ſcribens: *Male adinventa, conſuetudineſque malæ, neque longo tempore, neque ex longa conſuetudine firmantur.* Eſt mihi proclive, in eumdem ſenſum trahere celebre Imp. Conſtantini Reſcriptum, quod eſt in *l.* 2. *C. Quæ ſit longa conſuetudo* hac forma. *Conſuetudinis uſuſque longævi non vilis auctoritas eſt, verum non uſque adeo ſui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Eſt, ſcio, pervulgata ſententia, quæri; an conſuetudinis, uſuſque longævi, illa vis ſit; ut poſſit tollere anteriorem legem: ſoletque ad hoc varie reſponderi ab Interpretibus. Sed non id agitur: verum contra; an conſuetudo ideo, quod longæva eſt, tanti ſit ponderis atque efficaciæ: ut non debeat cedere aut rationi aut legi, quamvis detecto errore. Non alio ducunt verba: *Non uſque adeo ſui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Eſt vero mihi ſuſpicio, non hic verti qualem qualem conſuetudinem alia lege mutandam, ſuadente aliqua civili ratione: ſed ſollicitari religionem, magis vetuſtate, quam ratione & veritate, ſubnixam. Hæc ut liqueat ſuſpicio; porro notabo, eſſe hoc Reſcriptum Conſtantini: qui primus inducta Chriſtiana religione, Gentilem ſuperſtitionem repudiavit pro errore. Rem indicat Lactantius *lib.* 1. *Divin. Inſt. c.* 1. Accedit: quod ex *c.* 7. *lib.* 2. *ejuſdem Operis* intelligitur, Chriſtianos pro ſuis partibus deinde, commendaſſe quidem ſtudium rationis & veritatis, omni errore potioris: ſed Gentiles ægre tuliſſe, hoc prætextu negligi vetuſtatis reverentiam; & mutationem ejus pro impia, eoque pro ſcelere reputaſſe. Verba Lactantii quæ huc faciunt, appoſui. *Hæ ſunt religiones quas ſibi a majoribus ſuis traditas pertinaciſſime tueri ac defendere perſeverant: nec conſiderant, quales ſint, ſed ex hoc probatas atque veras eſſe confidunt, quod eas veteres tradiderunt: tantaque eſt auctoritas vetuſtatis, ut inquirere in eam, ſcelus eſſe dicatur.* Lactantio addam Symmachum *lib.* 10. *Epiſt.* 61; auſum, eodem prorſus argumento pro ara Victoriæ quam everti volebant Chriſtiani, ad Imppp. Valent. Theodoſ. & Arcad. ſequentem facere Relationem. *Noſter labor pro clementia veſtra ducit excubias. cui enim magis commodat, quod inſtituta majorum, quod patria jura & fata defendimus, quam temporum gloriæ? quæ tum eſt major, cum vobis contra morem parentum intelligitis nihil licere.* Oſtendi quod intendo, noluiſſe Gentiles inquiri in rationem ſuæ religionis, longa conſuetudine probatæ; ejuſque mutationem habuiſſe pro ſcelere, ideoque pro illicita Principi. Sic vero apparet occaſio & cauſa *d. l.* 2. Eſt illa, ut dixi, Imperatoris Conſtantini, & ſcripta Proculo, Proconſuli Africæ. (quomodo habet Inſcriptio in quibuſdam exemplaribus) inde fit mihi probabile, illum Proconſulem, forte Gentilem, acceptis a Conſtantino mandatis, ex vetere ſuperſtitione quid informantibus, feciſſe Relationem, ei quam ex Symmacho attuli non diſſimilem; in eaque quæſiviſſe a Conſtantino: eſſetne Principi jus faſque, auctoritatem conſuetudinis uſuſque longævi contraria lege infringere: & eſſe reſcriptum ab Imperatore, Conſuetudinis uſuſque longævi non eſſe vilem auctoritatem: (Litotes eſt, minus dicens, & plus ſignificans) ſenſus, Conſuetudinis, uſuſque longævi, eſſe magnam auctoritatem, ſi ratione commendetur. quod ſi mala ſit: magis errorem videri; nec ſuccurrere cauſam, cur minus lege, quam ratione, vincatur. Aliis aliud ſedet: ſed dixi, quid mihi videatur. id ſi non ad liquidum, ſaltem ad probabile illorum temporum, accedit: lubenterque ideo adſcribo etiam hoc Prudentii, Symmacho ita reſpondentis *lib.* 1. *Contra Symmachum.*

Illa tyrannorum fuerat medicina, videre
Qui ſtatus ante oculos præſentibus ac perituris
Competeret rebus, nec curam adhibere futuris.

Plane, etſi mala conſuetudo, detecto errore, non faciat jus in futurum; non tamen iniquum fuerit, eam a pœna excuſare in præteritum. Optime Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 9. & 10. *Hac conditione nati ſumus, animalia obnoxia non paucioribus animi, quam corporis morbis: non quidem obtuſa, nec tarda, ſed acumine noſtro male utentia; alter alteri vitiorum exempla. quiſque ſequitur priores male iter ingreſſos. quid ni habeant excuſationem, cum publica via erraverint? in ſingulos ſeveritas Imperatoris diſtringitur. at neceſſaria venia eſt, ubi totus deſeruit exercitus. quid tollit iram ſapientis? turba peccantium. intelligit, quam iniquum & periculoſum ſit, iraſci publico vitio.*

Effectus conſuetudinis eſt, imitari legem §. 9. *Inſt. de Jur. Natur. l. ult. C. Quæ ſit long. conſuetud.* Julianus *l.* 32. §. 1. *h. t.* ait, eam pro lege, id eſt, tamquam legem, cuſtodiri: addita ratione; quod ipſis legibus nulla alia ex cauſa nos tenentibus, quam quod judicio Populi receptæ ſunt: merito etiam ea quæ ſine ullo ſcripto Populus probavit, tenebunt omnes: quum præſertim nil interſit; utrum voluntatem ſuam Populus ſuffragio declaret; an

rebus

rebus ipſis & factis. plus ait Paulus, jus non ſcriptum in tantum probatum eſſe; ut non fuerit neceſſe, ſcripto id comprehendere *l. 36. h. t.* Ita de cauſis in quibus non utimur jure ſcripto *d. l. 32. pr.* Ulpianus *l. 33. h. t.* ſic exprimit: Diuturna conſuetudo pro jure & lege in his quæ non ex ſcripto deſcendunt, obſervari ſolet. Jam vero ſi ſit lex ſcripta, & de ejus interpretatione quæratur: ait Calliſtratus *l. 37. h t.* eſſe in primis inſpiciendum, quo jure civitas retro in ejuſmodi caſibus uſa fuit: optimam enim legum interpretem eſſe conſuetudinem. ſubjicitque *l. 38*, Imperatorem Severum reſcripſiſſe, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiſcuntur, debere conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem, vim legum obtinere. Leges igitur imitatur conſuetudo. addo, etiam retinet *l. ult. C. Quæ ſit long. conſuet.* Modeſtinus *l. 40. h. t.* dicit, quod legem ſcriptam confirmat. quia (ut Julianus ait *d. l. 32. §. 1.*) ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos tenent, quam quod judicio Populi receptæ ſunt. Quod ſi eſt: an miramur, leges etiam tacita Populi voluntate, id eſt, deſuetudine, aut contraria conſuetudine, tolli aut mutari? atqui Julianus *d. l. 32. §. 1* rectiſſime, inquit, etiam illud receptum eſſe; ut leges non ſolum ſuffragio legiſlatoris, id eſt, expreſſa ejus voluntate; ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur. Sic Julianus: æque Juſtinianus §. 11 *Inſt. de jur natur.* nec opus pluribus: re clara & certa. ſaltem patere, moneri; quod ſi quid, exoleſcente lege, interim per conſuetudinem recipiatur, id perinde obtinet, ac ſi nolla lex ſcripta fuiſſet. id apparet egregio exemplo §. 7. *Inſt. de injuriis.* Moratur tamen multos *l. 2. C. Quæ ſit long. conſuetudo.* Verum hanc paulo ante expoſui.

TITULUS IV.

De Conſtitutionibus Principum.

SUB hoc Titulo qui eſt, de Conſtitutionibus Principum, non eſt quod deſideres operam meam: expoſita illa materia jam ſupra ſub Titulo, *De Juſtitia & Jure*, in enarratione partium juris ſcripti.

TITULUS V.

De Statu Hominum.

INVENTO Juris fonte atque origine, age, nunc de ipſo jure diſputemus. habet id tria objecta. Gajus *l. 1. h. t.* ait, omne jus vel ad perſonas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Quas Gajus vocat perſonas, Rubrica homines iodigitat, traducta ſignificatione a comœdiis: in quibus homo hic aut ille certo oris indumento deſignabatur. idque a perſonando perſona vocabatur: auctore A. Gellio, *lib. 5. Noct. Attic. c. 7*, & in primis Boëthio *lib. De perſon. & nat.* Igitur cum hominum cauſa omne jus conſtitutum ſit, ex præcepto Hermogeniani *l. 2. h. t.* primo de perſonarum ſtatu, id eſt, conditione, ac poſt de cæteris, ut res patitur, dicemus. Eſt autem perſonarum ſtatus, & propter ſtatum jus perſonarum, multiplex.

Primum ſunt aliqui naſcituri, alii nati. naſcituri cum matre comparati, cum qua cohærent, matris vel viſcerum portio habebantur, nondum animalia, nec homines. idemque erat circa natos, quamdiu non eſſent ſuſcepti, alique juſſi: atque inde non dicam honeſtus aut laudabilis, ſed licitus, id eſt, in foro Romano impunitus, matri in ſua viſcera ſævienti abortus, donec Severi & Antonini Conſtitutione temporali exilio coërceretur *l. 4. D. de extraord. crimin. & l. 39. D. de pœnis.* Æque licita & impunita parentibus fuit ſanguinolenti partus expoſitio, abjectio, ſuffocatio atque eliſio, uſque ad Imppp. Valentinianum, Valentem, & Gratianum. res deteſtabilis atque incredibilis: ſed vera atque ab illis demum prohibita *l. 8. C. Ad leg. Cornel. de ſicar. & l. 2. C. de infant. expoſ.* ut demonſtravi *Julio Paulo, ſive De partus expoſ. & nece.* Sic in patre & matre. Alias noluerunt Veteres negligi ſpem naſcituri hominis: arbitrati, id non ſinere finem humanæ conjunctionis: ad cujus tutelam pertinet qui ſe tueri nequit homo. Ab hac cauſa Paulus *l. 7. h. t.* (quæ eſt ex *libro ſingulari De portionibus quæ liberis damnatorum relinquuntur*) *Qui*, inquit, *in utero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quoties de commodo ipſius partus quæritur.* Non longe petam exemplum: ſic ante patris damnationem concepti & poſt nati, portiones accipiunt ex bonis damnati patris *l. 1. §. 1. D. de bon. damn.* Eſſe hoc exemplum hujus loci, apparet ex *l. 7. D. de bonis damnatorum:* nam hic quoque locus eſt ex eodem Pauli *lib. ſingulari De portionibus quæ liberis damnatorum relinquuntur:* & videtur olim cohæſiſſe cum ſuperiore. plura exempla attulit Julianus *l. 26. h. t.* Cæterum aliis prodeſſe partum, antequam naſcatur, negat Paulus *d. l. 7.* & fuerit exemplum in Senatuſconſulto Tertylliano: de quo ita Paulus *lib. 4. Sentent. tit. 9. §. 1.* Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives Romanæ, ut jus liberorum conſecutæ videantur, ter & quater peperiſſe ſufficiet, dummodo vivos & pleni temporis pariant. Primum vult Paulus,

liberos, ut matri proſint in Senatuſconſulto Tertylliano, eſſe natos vivos. ſane ipſe ſic ait *l.* 129. *D. de verb. ſignif.* Qui mortui naſcuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia numquam liberi appellari potuerunt. Deinde vult Paulus *d.* §. 1, pleni temporis eſſe partus. & §. 5. ait, talem partum eſſe ſeptimo menſe pleno aut decimo natum: de quo ſequente Titulo diligentius. quid, ſi monſtroſus ſit partus aut prodigioſus? ait Paulus *d. tit.* §. 3 & 4, (unde deſumpta eſt *l.* 14. *h. t.*) Non eſſe liberos qui contra formam humani generis converſo more procreantur, veluti ſi mulier monſtroſum aliquid aut prodigioſum ſit enixa. addit tamen, partum qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videri effectum: & ideo inter liberos connumerari. ſic in Senatuſconſulto Tertylliano: in quo de lucro agi, bene obſervavit Jacobus Cujacius *ad d. Pauli loc.* aliter vero obtinere in Lege Julia & Papia: ad quam reſpicit *l.* 135. *D. de verb. ſign.* nam in ea prodeſſe liberos etiam monſtroſos, ut evitentur pœnæ caducitatis quæ ſunt odioſæ, eoque viſæ benigne accipiendæ favore parentum quibus nihil poteſt imputari: quod ut potuerunt, ſtatutis obtemperarunt.

Altera hominum diviſio venit a ſexu. eſtque is duplex *l.* 195. *D. de verb. ſign.* & ab eo duplex homo: mas aut fœmina *l.* 152. *D. d. t.* Niſi præterea eſt hermaphroditus, idem mixtus ex utroque. Sed jam obſervavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 12, mixtas ſpecies, ſicut conſtant ex duabus ſimplicibus, ac modo in hanc, modo in illam, inclinant, ita recte ſub hac aut illa comprehendi; eoque duplicem fieri diviſionem quæ alioquin eſt triplex: & rurſus quia tertia ſeu mixta ſpecies habet aliquid ab utraque ſimplice ſeparatum; eo quæ bipartita fuit diviſio, non minus recte fieri tripartitam. Ut ut erit, ait in propoſito Papinianus *l.* 9. *h. t.* in multis juris noſtri articulis deterior eſt conditio fœminarum, quam maſculorum. Bene ait, in multis: & ſunt exempla *l.* 2. *D. de reg. jur.* non deſunt quoque e diverſo exempla in quibus eſt melior fœminarum, quam marium conditio: ut in *l.* 12. *C. Qui pot. in pign.* item in Senatuſconſulto Vellejano, & alibi. quamquam vel hoc, ſi attendas, datur earum imbecillitati, id eſt, deteriori conditioni. De hermaphrodito quæritur, cui eum comparemus? & putat Ulpianus *l.* 9. *h. t.* magis æſtimandum ejus ſexus qui in eo prævalet. quo modo Cicero *lib.* 5. *De finibus c.* 30. *Ex eo, quod maximas partes continet, latiſſimeque funditur, tota res appellatur.*

Porro ut ſexus, ſic ætas, homines diſtinguit. ſunt enim alii majores natu, alii minores. majores dicuntur egreſſi annum quintum & viceſimum, ob completum virilem vigorem. cæteri minores appellantur *l.* 1. *D. de minorib.* hi vero ſunt aut impuberes, aut puberes. impuberes alii ſunt infantes, quia fari non poſſunt *l.* 1. §. 2. *D. de admin. tut.* quales omnes ſunt infra ſeptimum annum *l.* 18. *C. de jur. delib.* quo compleri fandi poteſtatem, refert Iſidorus *lib.* 11. *Orig. c.* 2. alii proximi pubertati: qui ſunt prope pubertatem *l.* 4. §. 26. *D. de doli mali. & met. except.* item qui non multum a pubere ætate abſunt *l.* 14. *D. de Senatuſc. Silan.* id eſt, qui jam ſunt tredecim annorum. aliis videtur aliud, at nullo antiquitatis teſtimonio. me in meam ſententiam inducit Servius Honoratus, Vetus Grammaticus, ad hoc Virgilii, *Eclog.* 8. *verſ.* 39.

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

Verba Servii. *Id eſt, tertius decimus. alter enim de duobus dicimus. Et vult ſignificare, jam ſe vicinum fuiſſe pubertati, quod de duodecimo anno procedere non poteſt. Bene cum annis jungit habitum corporis. Nam & in jure pubertas ex utroque colligitur.* Pubertas alia eſt plena, alia minus plena. illa contingit, impleto anno decimo ſeptimo, & inchoato decimo octavo. *l.* 40. §. 1. *D. de adopt.* hæc incidit, completo anno decimo quarto, & inchoato decimo quinto: ſic enim obtinuit *pr. Inſt. Quibus mod. tut. fin.*

At hominem non Natura tantum dividit, ſed Jus quoque. eſt vero ſumma de jure perſonarum diviſio: (ut Gajus ſcribit *l.* 3. *h. t.*) quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi. Senſus ſuadet, pluralem numerum converti in ſingularem: quaſi ſit, omnis homo eſt aut liber, aut eſt ſervus. Libertas autem a qua liberi vocantur, Florentino *l.* 4. *h. t.* eſt naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi aut jure prohibetur. Florentinus non aliam definit libertatem; quam in hominem cadere naturalis aut civilis ratio ſinat. eſt enim ambiguum libertatis vocabulum: prope comparatione conſtans, & prout major aut minor, libertas aut ſervitus. res exemplo clareſcet. puta, aliquem unum ſtare in puncto; nec ei jus eſſe, ab eo recedere: pone, alterum poſſe inde abire & currere intra circulum parvum: pone, tertium habere facultatem recedendi non a puncto tantum, ſed a minore quoque circulo, quo velit. dicam, ſecundum cum tertio comparatum, eſſe ſervum; quia minor eſt ejus, quam tertii libertas: & tamen cum primo comparatum, eſſe liberum; quia poteſt facere quod non licet primo. Poteſt igitur, ut intelligatur Florentini definitio, duplex fingi libertas: una abſoluta, altera reſtricta. abſoluta eſt, facultas ejus quod cuique facere lubet. reſtricta addit, niſi ſi quid vi aut jure prohibeatur. Hæc, inquies, eſt ſervitus. Nec nego, rem æſtimantibus verbi ſono. ſed intra hunc non conſtitit Florentinus. is, cum definit libertatem, quærit eam quæ eſt vera hominis aut civis. hæc vero numquam eſt abſoluta: quia omne jus humanum, id eſt, omnis humana facultas, civili aut naturali ratione terminatur ita dicatur ſervitus: at non eſt hominis, ſed rationis & legum ſervitus: quæ eſt una vera, & homini ſalutaris libertas: non comminuens ejus facultatem; ſed,

ſed, quod Natura præcipit, eam metiens regenſque ejus utilitate; nec minus confirmans ac conſervans eam adverſus ſtultos aut feroces. Optime Ariſtoteles *lib. 5. De republica c. 9. Non oportet exiſtimare, ſervitutem eſſe, vivere ad reipublicæ adminiſtrandæ formam accommodate, ſed ſalutem.* Idem cenſet Cicero *Pro Cluentio c. 53, Legum*, inquiens, *idcirco omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.* Diſtinguenda igitur a libertate eſt licentia: manifeſto ex ſupra dictis, omne jus humanum in Naturæ ſtatu naturali ratione, & in civitate legibus, circumſcribi: ideoque non intelligi libertatem, niſi naturali rationi aut legibus conformem: vereque ac prorſus divine negat Papinianus, facere nos poſſe ea quæ ab illa, id eſt, a pudore, pietate, denique a bonis moribus ſint aliena *l. 15. D. de condit. inſtit.* imo quiſquis ſuam poteſtatem, ut oportet, in Naturæ ſtatu ratione, aut in civitate legibus, finit: is (utar verbis Senecæ *Epiſt.* 90) tantum, quantum vult, poteſt: quia ſe, niſi quod debet, non putat poſſe. Hoc modo Cicero *Paradoxis.* Verba Ciceronis. *Dictum eſt igitur ab eruditiſſimis viris, niſi ſapientem, liberum eſſe neminem. quid eſt enim libertas? poteſtas vivendi, ut velis. quis igitur vivit, ut vult, niſi profecto qui recta ſequitur, qui gaudet officio? cui vivendi via conſiderata atque proviſa eſt: qui legibus quidem non propter metum paret, ſed eas ſequitur atque colit: quia id ſalutare maxime eſſe judicat. qui nihil dicit, nihil facit, nihil cogitat denique niſi liber ac libere. cujus omnia conſilia, reſque omnes quas gerit, ab ipſo proficiſcuntur, eodemque referuntur, nec eſt ulla res quæ plus apud eum polleat, quam ejus voluntas atque judicium.* Ut rem in pauca conferam: libertas cujuſque qui ſe hominem dici velit, eſt jus cujuſque naturale, ſive cujuſque naturalis facultas; id eſt, facultas quam quiſque habet a Natura humana: jubente, omnes uniuſcujuſque actiones in naturæ quidem ſtatu intra naturalem rationem, in civitate vero intra leges ejus, conſiſtere. Ita poſſint hæc definitionis verba, *Niſi ſi quid vi aut jure probibetur*, pro iiſdem accipi: pari modo, quo tutela dicitur *vis ac poteſtas l.* 1. *D. de tutelis.* Sed clare Perſius *Satir. 5. verſ.* 88.

Vindicta poſtquam meus a Prætore receſſi,
Cur mihi non liceat, juſſit quodcunque voluntas,
Excepto ſi quid Maſuri Rubrica vetavit?

id eſt, excepto, ſi quid jure & legibus vetetur.

Servitus Florentino eſt conſtitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur *l. 4. §. 1. h. t.* Florentinus conſtitutionem dicit pro conſtituto: quomodo Paulus *l. 31. §.* 1. *D. de adq. rer. dom.* theſaurum dicit veterem pecuniæ depoſitionem, pro pecunia antiquitus depoſita. Cum vero addit, qua quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur; primævum Naturæ ſtatum intelligit. adeo enim non eſt inventa contra jus naturæ ſervitus, ut ſit naturali ratione introducta ad mutuam domini & ſervi utilitatem: cum intereſſet utriuſque, bello victum ſervari potius, quam occidi. non eſt igitur comparata eo pacto ſervitus contra jus naturæ; ſed contra primævum naturæ ſtatum: quo omnes homines erant liberi; non ut ſemper eſſent tales; ſed donec eis expediret, ſervos fieri. Hoc ſenſu Florentinus *d. l. 4. §. 2.* ait, ſervos appellatos ex eo: quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent. quod & Iſidorus confirmat *lib. 9. Origin. c. 4. p.* 1052. & ante utrumque Horatius, *lib.* 1. *Epiſt.* 16. Florentinus *d. l. 4.* §. 3. addit, mancipia dicta: quod ab hoſtibus manu capiantur. Idemque Varro docet *lib. 5. De ling. Latin.* dicit autem, *manu*, pro vi: ut in hoc Plauti, *Capteiv.* 2. 1. *Perque conſervitium commune quod hoſtica evenit manu.* Et ibidem 2. 2. *Tam mihi quam illi libertatem hoſtilis eripuit manus.* Sequitur, ut videamus modos, quibus fiant ſervi. ait autem Marcianus *l. 5. §.* 1. *h. t.* eos in dominium noſtrum redigi aut jure civili aut gentium. primum ait, jure civili: & ponit exemplum, Si quis major viginti annis ad pretium participandum venire ſe paſſus eſt. Quod verum eſt; ſi fiat, emptore ignorante *l. 7. §. 2. D. de liberali cauſa.* Nec tamen vel ſic eſt ſine difficultate: quia ſunt certi modi quibus jure civili conſtituitur & finitur ſervitus, interque eos non eſt conventio *l. 37. D. & l. 6. & l. 10. C. eod. tit.* At ita eſt; niſi ſi quis major viginti annis paſſus ſit ſe venumdari, pretii participandi gratia: nam is tum ſervus fit, non quaſi conventione ſervitus introducatur jure civili: ſed in pœnam, quaſi is qui ſivit, libertatem ſuam taxari certo pretio, ejus participandi gratia, atque in injuriam tertii, propter animi vilitatem fraudemque, numquam liber fuiſſe videatur. ſic puto; poteſtque hæc mea interpretatio illuſtrari ſequentibus exemplis ſervitutis jure civili introductæ, apud Ciceronem *Pro Cæcina. Jam populus cum eum vendidit, qui miles factus non eſt, non adimit ei libertatem: ſed judicat, non eſſe eum liberum, qui ut liber ſit, adire periculum noluit. cum autem incenſum vendit, hoc judicat; cum is qui in ſervitute juſta fuerit, cenſu liberetur, eum qui cum liber eſſet, cenſeri noluerit, ipſum ſibi libertatem abjudicaſſe.* Mutato tamen ſtatu militiæ, receſſum a capitis pœna eſt: quia plerumque voluntario milite numeri ſupplentur: auctore Menandro *l. 4. §. 10. D. de re militari.*

At non tantum jure civili fiunt ſervi; ſed etiam jure gentium. exemplum unum Marciano in his qui ab hoſtibus capiuntur *d. l. 5. §. 1. h. t.* ſunt autem hoſtes, ut Ulpianus definit, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipſi Populo Romano. cæteri, inquit, latrones aut prædones appellantur. & ideo qui a latronibus captus eſt; ſervus latronum non eſt, nec poſtliminium ei neceſſarium eſt. ab hoſtibus autem captus, puta a Germanis aut Parthis, & ſervus eſt ho-

Digitized by Google

ſtium, & poſtliminio ſtatum priſtinum recuperat *l.* 24. *D. de captivis*. Quid, ſi quis captus ſit civili bello? aliud cenſet Ulpianus *l.* 21. §. 1. *D. d. t.* qua ratione? quia civile bellum proprie non eſt bellum: ſed civilis diſſenſio. nam verum bellum inter hoſtes geritur hoſtili odio ad internecionem reipublicæ: contra in civili bello, etſi per id ſæpe noceatur reipublicæ, pars utraque vult, eam ſalvam eſſe: tantum diſſentiunt de modo ſervandi. non igitur ſunt hoſtes, ſed manent cives; nec locum habent jura captivitatum. Sic Ulpianus: etiam Cicero, *Pro Ligario:* verba ejus. *Seceſſionem tu illam exiſtimaviſti, Cæſar, initio, non bellum, non hoſtile odium: ſed civile diſſidium, utriſque cupientibus rempublicam ſalvam: ſed partim conſiliis, partim ſtudiis a communi utilitate abeuntibus.* Idem *Catilin.* 3. *Civiles diſſenſiones erant hujuſmodi quæ non ad delendam, ſed commutandam rempublicam pertinerent.* Alterum exemplum eorum qui jure gentium fiunt ſervi, ait Marcianus *d. l.* 5. §. 1. *h. t.* eſſe in his qui ex ancillis noſtris naſcuntur. puto, quia quiſquis eſt ancillæ dominus, is eſt dominus partium ejus. igitur eſt dominus fœtus cum viſceribus ancillæ cohærentis: nam eſt pars ejus fœtus. ſic ante nativitatem. idem poſt eam: quia hac nihil incidit, cur deſineret eſſe domini cujus ante fuit.

Illud quale eſt, quod Marcianus *l.* 5. *h. t.* ſcribit, ſervorum unam eſſe conditionem: liberorum autem hominum quoſdam ingenuos eſſe, quoſdam libertinos. Mihi videtur velle, non referre, quemadmodum fiant ſervi, utrum naſcantur, an fiant: omnes enim quatenus ad rempublicam attinet, uno nomine ſervos appellari: cum in liberis hominibus non ſit idem. nam hos, ſi liberi naſcantur, ingenuos; ſi liberi fiant, libertos dici. Hoc egit Marcianus. alioquin oportet, & quod de ſervis dicitur, aliquo temperari modo. primum enim ſervos in magna familia differre officiis; alios eſſe lautiores, alios minus; omnes tamen ſervos, commode obſervat Cicero, *Paradox. Quod ſapient. liberi & ſtult. ſerv.* Imo nec ſic omnes ſunt uniuſmodi. eſt enim alius abſolute ſervus, alius adſcriptitius, qui & agricola, & colonus, & cenſitus, appellatur. agricola quidem (ut hoc addam) dicitur, quatenus agrum colit, & in hunc finem glebæ eſt adſcriptus. colonus vero dicitur; cum aliquam domino quotannis dat fructuum portionem, exemplo coloni partiarii. quod ſi domino quotannis ſolvat certam pecuniæ penſionem, aut certam partem fructuum; cenſitus vocatur, etiam inquilinus. Hic igitur adſcriptitius eſt quodammodo mixtus ex libero & ſervo. nam quatenus cum gleba cui adſcriptus eſt, comparatur, in ſervorum numero habetur *l.* 21. *C. de agricolis & cenſitis lib.* XI. *tit.* 47. & *l.* 2. *C. In quibus cauſ. col. cenſ. dom. accuſ. poſſ. lib.* XI. *tit.* 49. alias a ſervis diſtinguitur *l. ult. C. de tranſact.* atque hinc, ſi conſentiat dominus, non arcetur a munere Clericorum *l.* 16. *C. de Epiſcop. & Cleric.* quamquam aliud in ſervis obſervatur *l.* 37. §. 1. *C. eod. tit.* Eadem ratione non adimitur eis, propter ſuam ſuorumve injuriam, accuſandi licentia *d. l.* 2. *C. In quib. cauſ. col. cenſiti:* etſi aliud ſit in ſervis aliis *l. pen. C. de his qui accuſar.* non eſt igitur omnino ſervus, nec omnino liber, ſed inter utrumque medius. Dixi pauca. plura dedit, & magna diligentia, V. CL. Jacobus Gothofredus, *Paratil. ad Tit.* 9. *Cod. Theod. De fugitiv. colon. & ſerv. lib.* 5. *tom.* 1. *p.* 450. *& ſeqq.*

A ſervis tranſeo ad liberos. hi Marciano *d. l.* 5 aut ingenui ſunt aut libertini. ingenuus dicitur ab ingenio: quod naturam denotat apud Nonium. inde ingenuus qui nullo premitur ſervitutis vinculo; nativa fruens libertate. Hoc modo ingenuus Horatio *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 6 eſt, libero patre natus. pariterque apud Livium *lib.* 10. *c.* 8 Decius Mus *patricios*, inquit, *primo eſſe factos, non de cœlo demiſſos, ſed qui patrem ciere poſſent: id eſt, nihil ultra quam ingenuos.* In quibuſdam quidem editionibus eſt, *patrem avumque:* ſed in veteribus libris non reperiri hoc, *avumque*, jam obſervavit V. CL. Johannes Fredericus Gronovius: eoque inducendum videri etiam ſibi, familiariter mihi nuper ſignificavit amicus meus, Johannes Barbeyracus, Vir Eximius. Poſtea mutatus eſt uſus nominis: eoque recte Juſtinianus, *pr. Inſt. De ingenuis*, Ingenuus, inſit, eſt qui ſtatim ut natus eſt, liber eſt; ſive ex duobus ingenuis matrimonio editus eſt; ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino & altero ingenuo. ſed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur: quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus eſt, quoniam vulgo conceptus eſt. ſufficit autem, liberam fuiſſe matrem eo tempore quo naſcitur, licet ancilla conceperit. & e contrario ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat; placuit, eum qui naſcitur, liberum naſci: quia non debuit calamitas matris nocere ei qui in ventre eſt. Ex his illud. quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea pepererit, liberum, an ſervum pariat? & Marcianus probat, liberum naſci: ſufficit enim ei qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe: [ut liber naſcatur]. quod & verum eſt. Sic Juſtinianus. locus autem Marciani quem allegat, eſt in *l.* 5. §. 3. *h. t.* atque imperfectus: ſed jam reſtitutus a Rævardo *lib.* 5. *Varior. c.* 13. Præter hunc qui ingenuus naſcitur, ſunt alii qui ingenui fiunt jure civili. hoc modo Ulpianus *l.* 25. *h. t.* ait, Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo ſententia lata eſt, quamvis fuerit libertinus. & addit pro ratione: quia res judicata pro veritate habetur. maxime autem id obtinet; ſi, juſto contradictore, ingenuus pronunciatus eſt. alioquin perinde inefficax eſt decretum, atque ſi nulla

la judicata res intervenifſet *l.* 3. *D. de colluſ. deteg.* ea ratione ſi libertus alterius, alio agente, ingenuus pronuntiatus eſſe dicetur, ſine ulla exceptione temporis, patronus ejus cognitionem ſolet exercere *l.* 1. *D. Si ingen. eſſ. dicat.* amplius cum eſt juſtus contradictor; adhuc oportet hoc judicium ſine colluſione eſſe actum. & eſt unicuique qui velit, jus ad eam detegendam venire intra quinquennium: hoc effectu; ut, ſi ſervus fuerit qui ingenuus pronunciatus ſit, fiat ſervus ejus a quo detectus eſt: ſin fuerit libertus; fiat ejus libertus *l.* 1. *l.* 4. & *l.* 2. *D. de colluſ. deteg.* Eſt & alius modus accipiendæ jure civili ingenuitatis, impetrato a Principe jure aureorum annulorum, aut impetrata reſtitutione natalium. ſed de his infra *lib.* 40. proprio *tit.* 10. & XI.

Libertini ſunt, ut Gajus definit, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt *l.* 6. *h. t.* Cum dicit juſtam ſervitutem, intelligit legitimam: quomodo juſta libertas §. 3. *Inſt. de libert.* eſt legitima: & teſtamentum eſt, voluntatis noſtræ juſta ſententia *l.* 1. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* idcirco autem Gajus addit, ex juſtæ ſervitute: quia ſi quis ingenuus natus, in ſervitute fuit; non officit ei, in ſervitute fuiſſe, & poſtea manumiſſum eſſe §. 1. *Inſt. De ingenuis.* aliud eſt enim in ſervitute eſſe; aliud ſervum eſſe: ſicut aliud eſt, in libertate eſſe; aliud liberum eſſe. ut autem libertus quis ſit; non ſufficit, in ſervitute fuiſſe; ſed ſervum fuiſſe oportet, id eſt, de juſta ſervitute manumiſſum. Manumiſſio porro eſt de manu & poteſtate demiſſio. nam quamdiu quis in ſervitute eſt, manui ac poteſtati ſuppoſitus eſt: & manumiſſus liberatur a poteſtate *pr. Inſt. de libertin.* ait autem Juſtinianus §. 1. *d. t.* quod multis modis manumiſſio procedit: & præfatur, quod aut fit ex ſacris Conſtitutionibus in ſacroſanctis eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. ſed & aliis multis modis, inquit, libertas competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris Conſtitutionibus introducti ſunt. nec male. Interim redeunt omnes ad duos ſummos. eſt enim alia manumiſſio juſta, id eſt, ſolemnis, ſive civilis; alia naturalis, ſive injuſta. juſta fiebat tribus modis: cenſu, ſed luſtrali, item vindicta, & teſtamento. teſtis Cicero *Topicis*, & Ulpianus *Fragm. tit.* 1. Conſtantinus addidit quartum: qui eſt manumiſſio in ſacroſanctis eccleſiis *l.* 1. & 2. *C. de his qui in ccleſ. man.* injuſta ſive naturalis manumiſſio olo jure gentium fit qualicumque domini voluntate, ſine ſolemnitate juris civilis: verbi ratia, inter amieos, aut per epiſtolam. Uumque modum, & utriuſque diſcrimen, inr alios obſervat Tacitus *lib.* 13. *Annal. c.* 27. ibi in Notis Juſtus Lipſius: ſed plenius Fragntum Veteris Juriſconſulti a P. Pithæo po[illegible]m poſt Notas ejus ad Collationem legum Moſaicarum & Romanarum. Summa eſt: quod juſta manumiſſione, vindicta, verbi gratia, manumiſſus ſervus, accipiebat libertatem juſtam; & fiebat civis Romanus, ſicut erat manumiſſor; eoque non poterat ejus pœnitentia deinde revocari in ſervitutem. quod ſi domini voluntate, ſine forma juris civilis, eſſet manumiſſus jure gentium, ut inter amicos, neque civis Romanus, neque liber fiebat: niſi eſſet novo beneficio, per vindictam, verbi gratia, rurſus manumiſſus. interim non dicebatur liber, ſed domini voluntate in libertate morari; poteratque a domino, quem pœniteret datæ libertatis, in ſervitutem revocari jure civili. quod cum iniquum eſſet, interveniebat Prætot Edicto: vetans, manumiſſum ſervire; id eſt, a domino, prætextu juris civilis, retrahi in ſervitutem: etſi non impediret, eum manumiſſori omnia, tamquam ſervum, adquirere. Hoc obtinuit uſque ad Principatum Tiberii: ſub quo lata Lex Junia Norbana M. Junio Silano & L. Norbano Coſſ. talem manumiſſum vocavit Latinum Junianum ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis quæ in colouias miſſa eſt *l. unic. C. de Lat. lib. toll.* deditque ei, dum vivit, propriam, id eſt, perpetuam; libertatem: quamquam, ut moriens haberet exitum ſervi: domino ejus bona jure peculii occupante: teſte Juſtiniano §. *ult. Inſt. De ſucceſſ. libert.* Sic habemus duas libertorum ſpecies, Cives Romanos & Latinos Junianos. imo tres: nam in §. *ult. Inſt. de libertinis* Lex Ælia Sentia, auctore Auguſto, (nam huic eam imputat Suetonius *Auguſto c.* 40.) etiam fecit Dedititios: de quibus ita Ulpianus, *Fragm. tit.* 1. §. 8. *Dedititiorum numero ſunt qui pœnæ cauſa vincti ſunt a domino: quibus veſtigia ſcripta fuerunt: qui propter noxam torti, nocenteſque inventi ſunt: quive traditi ſunt, ut ferro aut cum beſtiis depugnarent: vel in cuſtodiam conjecti fuerunt: deinde quoquo modo manumiſſi ſunt: idque Lex Ælia Sentia facit.* Sic Ulpianus: & ante Gajus *lib.* 1. *Inſt. tit.* 2. Erat vero (ut Juſtinianus ait *d.* §. *ult. Inſt. de libertin.*) Dedititiorum peſſima conditio. nam cum juſto modo manumiſſi ſervi, utique a civibus Romanis quorum erant ex jure Quiritium, haberent juſtam libertatem, & eſſent Cives; (modo manumiſſi vindicta non eſſent minores triginta annorum, aut alioquin apud Conſilium cauſa manumiſſionis eſſet probata, ut ex Lege Ælia Sentia obſervat Ulpianus *d. tit.* 1. §. 9, Latini autem Juniani non haberent quidem jus civitatis, ſed minorem libertatem, & inſuper ſpem fore, ut civitatem certis acciperent modis, enumeratis ab Ulpiano *tit.* 3: contra Dedititii (quod docet Gajus *lib.* 1. *Inſt. tit.* 2, & ante Suetonius *d. c.* 40) ad civitatem numquam poterant adſpirare. at hæc mutat Juſtinianus *d.* §. 3: volens, eſſe unam & ſimplicem libertatem, ſicut ab initio fuit: ſublata omni libertorum differentia duabus Conſtitutionibus: quæ ſunt in

l. unic. C. de dedit. libert. toll. & *l. unic. C. de Latin. libert. toll.*

Porro liberi homines alii ſunt cives, alii peregrini. hi habent quæ juris gentium ſunt; quæ juris civilis ſunt, non habent *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis. l.* 15. *D. de interd.* & *releg.* illi & jure gentium & jure civili fruuntur. de quibus erudite Carolus Sigonius, *De antiq. jur. civ.* Cæterum Ulpianus *l.* 17. *h. t. In orbe*, inquit, *Romano qui ſunt, ex Conſtitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti ſunt.* Quis autem ſit ille Antoninus, dubitatur. Juſtinianus *Novell.* 78. *c. ult.* putat, eſſe Antoninum Pium. ſed mihi videtur Juſtinianus in re facti eſſe quid humani paſſus. id ei accidit etiam alibi; & jam *lib.* 1. *De uſufructu c.* 21 a me notatum ex Fragmentis Dionis, editis a Valeſio, auctorem hujus Conſtitutionis fuiſſe Antoninum Caracallam. Poſſint plura adferri ad uſum ejus Conſtitutionis pertinentia: niſi ea pridem tractaſſet Ezechiel Spanhemius, Vir Ampliſſimus, eximio Opere quod inſcripſit *Orbem Romanum*, & nuper cariſſimus meus Collega, ac cognatus, Antonius Schultingius, V. Cl. ad Pandectas *h. t.*

TITULUS VI.

De his qui ſui vel alieni juris ſunt.

De jure perſonarum alia diviſio ſequitur. nam (ut Gajus ait *l.* 1. *h. t.*) quædam perſonæ ſui juris ſunt, quædam alieno juri ſubjectæ ſunt. ſuadet autem Gajus, videri de his quæ ſint alieno juri ſubjectæ: præfatus, ſi cognoverimus, quæ iſtæ perſonæ ſint, ſimul intelligi, quæ ſui juris ſint. Gajum igitur ſequentes ducem, diſpiciamus de his quæ in aliena poteſtate ſunt. ſic infit §. 1. *d. l.* 1. *In poteſtate ſunt ſervi dominorum. quæ quidem poteſtas juris gentium eſt: nam apud omnes peræque gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſque poteſtatem fuiſſe:* & *quodcunque per ſervum adquiritur, id domino adquiritur.* Cum ait, domini poteſtatem eſſe juris gentium; ſignificat, eſſe relictam in ſimplicitate juris gentium: non accepiſſe a jure civili formam novam: ideoque tam peregrinis competere, quam civibus Romanis, ſicut cætera quæ juris gentium appellantur *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis* & *l.* 15. *D. de interd.* & *releg.* Effecta hujus poteſtatis eſſe duo ait *d. loco* Gajus: unum, quod domino adquiritur quodcumque adquiritur per ſervum. adquiritur autem & invito & ignoranti: quod ipſe ſervus qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt §. 3. *Inſt. Per qu. perſ. cuiq. adq.* uſque adeo, ut ne momento quidem ſubſiſtat in perſona ejus *l.* 79. *D. de adq. her.* hac ratione non dicimus ſervi bona, ſed peculium; idque uniuſmodi, profectum quippe ex re & ſubſtantia domini: cujus proinde dominium eſt; cum ſervi adminiſtratio ſit, domino volente. Alter dominicæ poteſtatis effectus eſt jus vitæ & necis. ita dominus, ſi occidat ſervum ſuum, non eſt reus legis Corneliæ de ſicariis: uſus jure ſuo adverſus eum qui pro nullo habetur *l.* 32. *D. de reg. jur.* magis beſtiis, quam hominibus, aſſimilatus *l.* 2. §. 2. *D. Ad leg. Aquil.* clare Juvenalis, *Sat.* 6. *verſ.* 218.

Pone crucem ſervo. meruit quo crimine ſervus
Supplicium? quis teſtis adeſt, quis detulit? audi.
Nulla umquam de morte hominis cunctatio longa eſt.
O demens! ita ſervus homo eſt?

Sic jure civili: non æque ratione naturali. hac omnes homines æquales ſunt *d. l.* 32. inde de ſervis Florus *lib.* 3. *c.* 20. *Etſi per fortunam in omnia obnoxii, tamen quaſi ſecundum genus hominum ſunt.* Et pulchre Cato, *De moribus lib.* 4. *Diſtich.* 44.

Cum ſervos fueris proprios mercatus in uſus,
Ut ſervos dicas, homines tamen eſſe memento.

Tandem æquitati naturali etiam civilis acceſſit auctoritas. Gajum audi *d. l.* 1. §. 2. *h. t. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub imperio Romano ſunt, licet ſupra modum,* & *ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ſævire. nam ex Conſtitutione Divi Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum ſervum occiderit. ſed* & *major aſperitas dominorum ejuſdem Principis Conſtitutione coercetur.* Sic Gajus, ſed prudenter accipiendus. nam hic evenit, quod ſæpius; ut in uſum revocans, aut confirmans, amplians ve, ab aliis inventum, ejus auctor dicatur. Utique ante D. Pium (nam is Gajo D. Antoninus dicitur) Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 21, *De injuriis*, inquit, *dominorum in ſervos qui audiat, poſitus eſt: qui ſævitiam* & *libidinem,* & *in præbendis ad victum neceſſariis avaritiam compeſcat.* Lipſius ab Auguſto id factum putat, & indicari Præfectum Urbi: forte cauſam præbente crudelitate Vedii Pollionis cujus idem meminit Seneca *lib.* 1. *De clement. c.* 18, & *lib.* 3. *De ira c.* 40. Succeſſit deinde Lex Petronia, & Senatuſconſultum ad eam factum: prohibens ſub certa pœna; ne domini ſervos ſine Judice dent ad beſtias: ut docet Modeſtinus *l.* 11. §. 1. & 2. *D. Ad leg. Corn. de ſicar.* quamquam pœnam, ſi contra fiat, non exprimit. Poſtea Hadrianus (apud Spartianum, *in ejus vita c.* 18.) *Servos a dominis occidi vetuit, eoſque juſſit damnari per judices, ſi digni eſſent. Lenoni* & *laniſtæ vendi vetuit, cauſa non præſtita.* Sed, ut dixi, hæc confirmavit & ampliavit D. Pius: nominatim cavens, ut in *d. l.* 1. §. 1. ait Gajus; ut qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniatur, quam qui alienum ſervum occiderit.

rit. is vero punitur lege Cornelia de ſicariis: quæ perſequitur eum qui hominem occiderit, non facta hominis diſtinctione *l.* 1. §. 2. *D. Ad leg. Corn. de ſicar.* tenetur igitur hac lege etiam dominus, ſervum ſuum occidens. utique, ſi occiderit ſine cauſa. quid, ſi ex cauſa occiderit? pone, deprehenſum in facinore, verbi gratia, in adulterio. merentem occidit, ideoque impune. Sic Marcellus *l.* 96. *D. de verb. oblig.* & Ulpianus *l.* 53. §. 3. *D. de legat. lib.* 1. quod ſi eum non deprehenderit in adulterio, ſed habeat ejus ſuſpectum: ait Ulpianus *l.* 1. §. 5. *D. de offic. Præf. Urbi*, apud Præfectum Urbi eſſe audiendum. Gajus in *Fragm. Inſtit. lib.* 1. *tit.* 5. *Si*, inquit, *ſervus dignum morte crimen admiſerit, iis judicibus quibus publici officii poteſtas commiſſa eſt, tradendus eſt, ut pro ſuo crimine puniatur.* Id vero D. Marco deberi, Ulpianus *lib.* 3. De adulteriis refert *l.* 5. *D. de accuſat.* Non omnia dixi. nam (ſi audimus Gajum *d. l.* 1. §. 1. *h. t.*) non ſubſtitit intra cædem D. Pius: & major aſperitas dominorum ejuſdem Principis Conſtitutione coërcetur. extat ea *l.* 2. *h. t.* ſed quia longior, non apponam. Relicta igitur dominis a D. Pio eſt modica ſervorum caſtigatio. ut tamen, ſi pro modo culpæ cæſi, caſu moriantur, domino impune ſit, teſte *in Fragm.* Gajo *d. lib.* 1. *tit.* 5. & Paulo *tit.* 3. *Collat. leg. Moſ. & Rom.* quibus noviſſime accedit Conſtantinus *l. unic. C. de emend. ſerv.* Ne hoc quidem præterire me oportet; quod ſi ſervus ob intolerabilem domini ſævitiam, fugerit ad ſtatuam Principis, ubi jus azyli fuiſſe ad eas fugientibus, conſtat; D. Pius Reſcripto ad relationem Ælii Marciani, Proconſulis Bæticæ, juſſit, ſervum vendi bonis conditionibus, ita ne umquam in ejus poteſtate revertatur. non poterat ſic jus dici ab Ælio Marciano ſine mandato Principis. ex eo id fieri poterat extra ordinem. ſed hoc Theophilus obſervavit; nec minus, voluiſſe D. Pium, ſervum ita vendi, ut dominus pretium habeat, & ſervus bonis conditionibus vendatur: quo utrique ex æquo & bono, nulla alterius injuria, proſpiciatur. Bonas porro conditiones Theophilus interpretatur, non graves: & graves contra; quibus conveniatur, ut ſervus compeditus ſerviat; ne manumittatur; utve ſit in regione gravis & immitis cœli.

Mitto dominicam poteſtatem. Venio ad patriam. in qua (ut Gajus ait *l.* 3. *h. t.*) ſunt liberi noſtri quos ex juſtis nuptiis procreaverimus. addit Gajus, quod hoc jus proprium civium Romanorum eſt. Eſt igitur patria poteſtas ex his quæ juris civilis appellantur. ut enim originem habeat a jure gentium, novam formam accepit a jure civili. Hoc ſenſu Juſtinianus §. 2. *Inſt. de patr. pot. Jus poteſtatis*, inquit, *quod in liberos habemus, proprium eſt civium Romanorum. nulli enim alii ſunt homines qui talem in liberos habent poteſtatem, qualem nos habemus.* Illud quale eſt, quod Ulpianus *l.* 8. *h. t.* jus patriæ poteſtatis imputat moribus. nam Dionyſius *lib.* 2. *Rom. antiq.* refert, eam deberi legi Romuli. ab eaque ſententia etiam ſtat Papinianus, *Collat. leg. Moſaic. & Rom. tit.* IV: dicens, vitæ & necis poteſtatem patri eſſe conceſſam *Lege Regia.* Sed quid novum, Leges appellari mores; & moribus cenſeri profectum a Lege Duodecim Tabularum aut alia? demonſtravi hoc *lib.* 1. *Probabil. c.* XI. Nunc poteſtatem ipſam conſiderabo. Fuit ea ſumma: atque inde patria majeſtas apud Valerium Maximum *lib.* 7. *c.* 7. §. 5. veriſſime dicitur: ait enim Dionyſius, Romulum patri in filium dediſſe jus non modo coërcendi, verberandique, & in ruſticis operibus habendi filium; ſed etiam occidendi. ſitque hujus juris mentio *l.* 11. *D. de liber. & poſth. l. ult. C. de patr. pot.* & eſt hæc cauſa, cur in lege Pompeja de parricidiis fiat mentio matris filium occidentis, non patris *l.* 1. *D. de leg. Pompej. de parricid.* Præterea ait Dionyſius, patrem habuiſſe jus filium vendendi ter, antequam fieret ab eo liber. Ego addam, quod pater potuit etiam filium noxæ dedere ob delictum: & ſunt exempla *l.* 33. & 34. *D. de nox. act.* Non minus potuit pater filium exheredare vel immerentem: ſinente latitudine verborum Legis Duodecim Tabularum, *Uti legaſſit, ita jus eſto:* nec mirum; quippe cum pater filium etiam poſſet occidere *d. l.* 11. *D. de liber. & poſth.* quod ſi eum heredem inſtitueret, aut relinqueret ex lege: erat patri heres ſuus & neceſſarius §. 2. *Inſt. de hered. qual. & differ.* niſi pater eum inſtitueret ſub conditione, Si volet *l.* 12. *D. de cond. inſtit.* Inſuper debetur patriæ poteſtati; quod filiusfamilias nihil adquirebat ſibi; ſed omnia adquirebat patri. ita non habebat bona, ſed peculium, idque ſolum profectitium: cujus proprietas erat patris, adminiſtratio filii: patre permittente. Erat igitur tanta patris in filium poteſtas, quanta erat domini in ſervum. imo major: nam cum ſervus ſemel venditus aut manumiſſus, a domino eſſet liber: filius, niſi ter venditus, terque manumiſſus, non erat a patre liber. Non minus notandum eſſe, putavit Dionyſius, hanc poteſtatem patri competiiſſe non ad tempus certum, ſed in perpetuum, ac ſine diſcrimine, utrum privatus eſſet filius, an in dignitate etiam ſumma conſtitutus. illud confirmatur *l.* 8. *h. t.* hoc *l.* 1. §. 3. *D. de Senatuſc. Macedon.* Unam tamen exceptionem ad Romuli legem adfert Dionyſius, ex inſtituto Numæ Pompilii; Ne pater habeat jus vendendi filium, qui ejus conſenſu uxorem duxerit. Vidimus patriam poteſtatem, & immanem. quæris, qua ratione placuerit tanta? triplex eſt. prima: quod pater ad tollendos liberos invitandus eſſe privilegio tantæ poteſtatis credebatur: educatione incertam aditurus aleam. altera cauſa erat, quod filius putabatur egere Magiſtratu quodam domeſtico. tertia cauſa erat, quod ea poteſtas nihil periculi

culi habere videretur: procuratura pietate naturali, ne durior eſſet pater; magis factura, ut foret lenior. indicat has Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* XI. Putemus igitur, patri datam eſſe poteſtatem tantam: non ut perderet filium pater; ſed ut ſervaret. cæterum comperto experimentis, patris judicium ſæpe corrumpi novercalibus delinimentis, & inſtigationibus malorum hominum; fuit rationis, infinitam illam poteſtatem juſto temperari modo. factumque id, non una lege, neque uno tempore, ſed paulatim, ut ſolet, moribus. Initium ſumam a jure vitæ & necis. id in totum ſublatum. ideoque hodie parricidii reus eſt pater, filium ſuum dolo malo occidens, ex Conſtitutione Conſtantini *l. unic. C. de his qui parent. vel liber.* ante hanc Conſtitutionem, quidquid dicatur, non ita fuit: nulla certe mihi ſuccurrit lex qua jus vitæ & necis patri erga ſuum filium palam prohibeatur, poſita aut parricidii aut etiam homicidii pœna; ſi contra faceret. utique mihi perſuadeo, adhuc obtinuiſſe tempore Papiniani, ipſo præſertim præeunte ſequentibus verbis ex *Tit.* IV. *Collat. leg. Moſaic. & Rom. Cum patri Lex Regia dederit in filiam vitæ necisque poteſtatem, quod bonum fuit lege comprehendi, ut poteſtas fieret etiam filiam occidendi, vellem mihi reſcribere. Reſpondit. Numquid ex contrario præſtat nobis argumentum hæc adjectio: ut non videatur Lex non habenti dediſſe, ut videatur majore æquitate ductus adulterum occidiſſe, cum nec filiæ pepercerit.* Obſcura verba ſunt: ſed ſenſus talis, Legem Juliam de adulteriis non tam patri in filiam dediſſe jus necis, quam patri impoſuiſſe neceſſitatem filiam occidendi, ſi velit occidere adulterum cum ea deprehenſum. & recte animadvertit V. CL. P. Pithœus, expendentibus Legis Juliæ verba, eam hoc agere maxime, ut pater poſſit adulterum impune occidere: ſed adjicere pro temperamento nimii caloris, modo filiam occidat in continenti. itaque ait, Legem non tam dare patri jus occidendi filiam cum adultero, quam magis jus occidendi adulterum cum filia *l.* 20. *D. Ad leg. Jul. de adult.* quaſi filia ipſa (ſic loquitur) ſit magis in conditione, quam in diſpoſitione. At enim turbat hoc Marciani *l.* 5. *D. de lege Pompeja de parricidiis. Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium ſuum quidam necaverat qui novercam adulterabat, in inſulam eum deportaſſe: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit. nam patria poteſtas in pietate debet, non in atrocitate conſiſtere.* Sed non puto, turbare. non enim adducitur a Marciano generalis Hadriani Conſtitutio de pœna patris, filium occidentis: ſed perſonale decretum ejus Imperatoris, patri homicidii pœnam jure ſingulari irrogantis: ideoque (quod monet commode Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de Conſtit. Princip.*) non trahendum ad exemplum. intererit, hoc demonſtraſſe: quia non eſt vulgatæ eruditionis. Primum igitur notandum: quod in propoſito pater filium non occidit domi, cauſa cognita: (ut ſolere patres pios, adhibitis in conſilium propinquis & amicis, de capite filiorum cognoſcere, egregiis exemplis accepi a Valerio Maximo *lib.* 5. *c.* 8. & 9, item a Seneca *lib.* I. *De clementia c.* 15, & Quintiliano *Declam.* 3.) ſed filium occidit in venatione per inſidias, quæſita ſolitudine in ſilvis, ut ſolent latrones. deinde noto: quod non Magiſtratus patrem condemnavit ob hanc filii cædem: ſed Princeps. nempe, non poterat Magiſtratus patrem qui filium occiderat, condemnare aut lege Cornelia, aut lege Pompeja: quibus ob cædem filii, quantumvis atrocem, non tenebatur, ſuo uſus jure. at quod non poterat Magiſtratus, alligatus legibus, potuit facere Princeps, legibus ſolutus: ſuadente ratione, ut ut deficeret lex ſcripta *l.* 1. *C. de legibus.* putavit vero is Princeps, patrem qui filium occidit in ſilva per inſidias, quæſita venatione, latronis magis, quam patris, jure eum interfeciſſe. ſic loquitur Marcianus: & quod ipſe vocat *jus latronis*, Ulpiano *l.* 3. §. 7. *D. de ſepulchro violato*, eſt, *mos latronis.* ſic mihi videtur; & hoc, *jure*, apud Marcianum, non ſonare recte factum: ſed valere convenienter vitæ latronis, ſeu fini quem ſibi propoſuit latro. confirmat me in hac ſententia hoc Perſii *ſat.* 3. *verſ.* 48.

Jure: etenim id ſummum, quid dexter ſenio ferret,

Scire erat in votis.

Sic certe *jure* interpretatur ibi Caſaubonus in *Notis p.* 119, quas videri ſuadeam: quia ſunt eruditæ. Interim liceat mihi eodem modo accipere apud Lucanum *lib.* I. *verſ.* 2 hoc,

— — — *Juſque datum ſceleri canimus.*

Sed redeo ad Marcianum. ait, Principem credidiſſe, patrem qui filium occidit in venatione per inſidias, non egiſſe pro patre; ſed more & fine latronis: oportere autem patriam poteſtatem non atrocitate, id eſt, ſcelere & crudelitate, ſed pietate æſtimari. Valerius Maximus *d. c.* 9. *lib.* 5 de L. Gellio (qui graviſſima crimina de filio, cum noverca admiſſum ſtuprum, & parricidium cogitatum, propemodum explorata habens, non, ut ille pater, ad vindictam procurrit ſolus, ſed pene univerſo Senatu adhibito in conſilium, expoſitis ſuſpicionibus, defendendi ſe adoleſcenti poteſtatem dedit, inſpectaque diligentiſſime cauſa, abſolvit eum de conſilii, tum etiam ſententia ſua) ſic tandem effatur: *Si iræ abſtractus, ſævire feſtinaſſet; admiſiſſet magis ſcelus, quam vindicaſſet.* Quod fuit judicium Valerii, id fuit Hadriani. judicavit enim, adhuc tum patri competiiſſe vitæ & necis poteſtatem in filium: ſed eam in propoſito non eſſe exercitam: magis admiſſum eſſe latrocinium, vel patri lege Naturæ interdictum, etſi hactenus impunitum jure civili: ideoque ille quod non licebat Magiſtratui per leges, eum extra ordinem jure ſummi imperii, legibus ſo-

ſoluti, punivit deportatione: quam eſſe pœnam latronum honeſtiorum, indicavi *lib.* 4. *Probabilium c.* 7, & *Diocletiano ac Maximiano c.* 1. Quod ſi eſt: audeamus, pro certo ponere, patri jus vitæ & necis in filium hoc ſingulari & extraordinario decreto ab Hadriano non fuiſſe ademptum; ideoque poſt eum Principem ſuperfuiſſe adhuc tempore Papiniani: ut paulo ante oſtendi. Verius conjecero, id primum fuiſſe inflexum Reſcripto Imperatoris Alexandri ad Artemidorum: (ſive ſit nequam ille advocatus, a Præfecto Ægypti perpetuo agere cauſas prohibitus, ad quem reſcriptum ab Antonino eſt *l.* 1. *C. de poſtulando*, ſive alius) verba Alexandri *l.* 3. *C. de patria poteſtate* hæc ſunt. *Si filius tuus in poteſtate tua eſt, res adquiſitas tibi alienare non potuit. Quem ſi pietatem patri debitam non adgnoſcit, caſtigare jure patriæ poteſtatis non prohiberis: acriore remedio uſurus, ſi in pari contumacia perſeveraverit; eumque Præſidi provinciæ oblaturus, dicturo ſententiam, quam tu quoque dici volueris.* Quid hic Alexander? Artemidoro quidem relinquit caſtigationem filii, negligentis patri debitam pietatem: ſed ſi acriore opus ſit remedio: jubet, filium a patre offerri Præſidi, dicturo ſententiam quam pater dici voluerit. Vetat igitur Alexander, a patre inauditum occidi filium. adverſus auditum jubet a Judice pronuntiari ſententiam ſive mortis ſive aliam quam ipſe pater dici voluerit. Eſt vero hoc jus novum, atque eo notabilius: quia non eſt ex generali Conſtitutione; ſed ex Reſcripto ad Libellum Artemidori, hominis privati. Nihilominus, ut eſt plenum humanitatis, mox uſu arreptum ab Ulpiano & Paulo. Siccine? opinor, & huc reſpicere hoc Ulpiani *l.* 2. *D. Ad leg. Cornel. de ſicar. Inauditum filium pater occidere non poteſt, ſed accuſare eum apud Præfectum Præſidemve debet.* Hanc conjecturam meam juvat Inſcriptio, Ulpianus *lib.* 1. *De adulteriis.* nam poſt mortem Severi & Antonini de adulteriis ſcripſiſſe Ulpianum, etſi alia ſub Severo & Antonino ſcripſiſſe non ignoro, fidem mihi facit *l.* 13. §. 3. *D. Ad leg. Juliam de adulteriis*, quæ eſt ex *lib.* 2. *De adulteriis*, ac Severum & Antoninum citat, ſed Divos; id eſt, mortuos: eoque facit mihi probabile, in *d. l.* 2. cogitaſſe de hoc Alexandri Reſcripto Ulpianum: præſertim ipſa re & tenore loci huc exeunte. Ulpiano junxi Paulum: quia ab eo allegari Alexandrum, liquet *l.* 87. §. 2. *&* 3. *D. de legatis lib.* 2, *& l.* 25. *D. de appellat.* neque a me impetro; ne credam, ſic ad liquidum admoveri hæc ejus verba quæ ſunt in *l.* 11. *D. de lib. & poſth. Nec obſtat, quod licet eos exheredare, quod & occidere licebat.* Nam occidere licebat ante Alexandri Reſcriptum: poſt non licebat. Primus igitur vetuit Alexander, filium a patre occidi inauditum. nec tamen, ſi contra factum ſit: certam poſuit pœnam qua vellet patrem coërceri. quæ enim apparet in Reſcripto? nulla. igitur eo conſtitutam patri ab Alexandro pœnam eſſe, non exiſtimo. contra mihi perſuadeo, in eo eſſe exemplum legis imperfectæ: ſolitæ quidem prohibere, ſed non punire: cujuſmodi leges multas olim fuiſſe, monui ſub Titulo De legibus. Filii autem cædem a patre admiſſam, primum eſſe punitam a Conſtantino *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos*, mihi verius videtur. Expoſui meo more loca difficillima. Tranſeo a jure occidendi liberos ad jus vendendi. nam & hoc patri eſſe ademptum, indicat *l.* 1. *C. de patr. qui lib. ſuos diſtrah.* una exceptio, niſi quis propter nimiam paupertatem egeſtatemque victus cauſa filium filiamve ſanguinolentos vendiderit. ſic enim temperavit Conſtantinus *l.* 2. *C. eod. tit.* quam curatius explicui, *Julio Paulo, ſive de part. expoſit. & nec. c.* v. Similiter ablatam patri eſſe noxæ deditionem filiorum & filiarum, teſtatur Juſtinianus §. *ult. Inſt. de noxal. act.* Quod ad exheredationem attinet, eſſe & illam coarctatam querela inofficioſi teſtamenti, opportunius liquebit *lib.* v. *ſub Tit. De inoffic. teſt.* Non magis placuit, filium patri in cujus poteſtate ſit, eſſe heredem neceſſarium, conceſſo ei a Prætore jure abſtinendi ſe ab hereditate: ut dicetur *ſub Tit. De adq. hered. lib.* xxix. Poſtremo eſſe jam filiiſfamilias peculium non unum profectitium, ut olim; ſed quadruplex, profectitium, adventitium, caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe, veniet dicendi locus *lib.* xv.

Vix ſcio, an addam: quod filiusfamilias domi quidem eſt in patris poteſtate: at in publicis cauſis pro patrefamilias habetur; veluti, ſi Magiſtratum gerat, vel tutor detur *l.* 9. *h. t.* Satis de vi patriæ poteſtatis.

Supereſt, ut diſſeramus, quibus modis ea adquiratur. proponuntur autem duo a Modeſtino *l.* 1. *D. de adopt.* unus eſt natura, alter adoptio. Papinianus *l.* 23. *D. de lib. & poſth.* naturam quæ æſtimatur juſtis nuptiis, dicit veritatem; adoptionem quæ conſtat fictione juris, vocat imaginem naturæ. Nec alio ſenſu naturales liberi adoptivis opponuntur, cum apud Suetonium *Tiberio c.* 52, tum apud Ulpianum *l.* 1. §. 2. *& ult. D. de ſuis & legitim. & in Fragm. tit.* 8. Huic obſervationi accedit alia: quod *d. l.* 1. *D. de adopt.* eſt ex Modeſtini *lib.* 2. *Regularum.* ſic enim intelligitur: quod natura & adoptio ſunt modi duo Juris Regulis definiti: quamquam patria poteſtas alioquin adquiritur etiam beneficio Principis: & eſt exemplum apud Plinium *lib.* 10. *Epiſt.* 6. ſed hic modus ad Regulas Juris quibus de agit Modeſtinus, non pertinet. ideoque ab eo in *d. l.* 1 non adfertur. Quod dixi, obtinuit uſque ad Conſtantinum. cæterum inventa ab eo & deinceps Imperatoribus legitimatione, deinde in Inſtitutionibus a Juſtiniano non duo, ſed tres, enumerantur modi adquirendæ patriæ poteſtatis: juſtæ nuptiæ, legitimatio, & adoptio. Primum modum at-

tingit Gajus *l. 3. h. t.* ſic ſcribens: *Item in poteſtate noſtra ſunt libri noſtri quos ex juſtis nuptiis procreaverimus.* Plenius Ulpianus *l. 4. Qui*, inquit, *ex me & uxore mea naſcitur, in mea poteſtate eſt. item qui ex filio meo & uxore ejus naſcitur, id eſt, nepos meus & neptis, æque in mea ſunt poteſtate, & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri.* Ita quærentibus, quis in patris poteſtate ſit, quem filiumfamilias appellari, in *d. l. 4.* ait Ulpianus, fere videndum eſt, quis ſit filius. definit autem *l. 6.* filium, qui ex viro & uxore ejus naſcitur: id eſt, qui ex ejus uxore naſcitur, durante matrimonio: tum enim eſt uxor. Hoc ſenſu Paulus *l. 5. D. de in jus vocand.* ait, Patrem eſſe quem nuptiæ demonſtrant. addit, matrem ſemper eſſe certam, etiamſi vulgo conceperit: optima diſtinctione. nam poteſt mater demonſtrari teſtibus qui adſuerint partui. at pater ex nuptiis præſumitur: quia id honeſtius eſt: & res aliter vix extricari poteſt: hominibus extraneis teſtimonii gratia, generationi numquam præſentibus. ubi vero natura negat probationem certam & neceſſariam: rationis eſt, admitti eam quæ haberi poteſt. talis eſt hæc præſumptio: non eſt ea veritas; ſed pro veritate habetur, donec contrarium liqueat alicunde. quo caſu non eſt amplius præſumptione opus. finge, maritum abfuiſſe, verbi gratia, per decennium: reverſum anniculum inveniſſe in domo ſua. placet Ulpiano *d. l. 6.* ſententia Juliani: dicentis, hunc non eſſe mariti filium: clara veritate, filium ab abſente non fuiſſe generatum per epiſtolam. quid, ſi cum uxore ſua aſſidue moratus, nolit filium adgnoſcere quaſi non ſuum? negat Julianus, ferendum: valente contra præſumptione, de qua dixi. Tamen ſi conſtet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuiſſe, infirmitate interveniente vel alia cauſa; vel ſi ea valetudine fuit paterfamilias, ut generare non poſſit: adhuc ait Ulpianus *d. l. 6*, non eſſe filium qui in domo natus eſt, licet vicinis ſcientibus: id eſt, licet matrimonio contracto, adhibitis vicinis teſtibus. huc enim exit ea locutio *l. 9. C. de nuptiis.* Intellecto, quomodo probetur pater & filius: jam non eſt neceſſe probari, filium, ut filiusfamilias dicatur, in patris poteſtate eſſe. hoc enim præſumitur, cum filii more & jure civitatis ſemper ſint in patris poteſtate: niſi dicant, ſe aliquo modo de ea demiſſos eſſe. id vero facti eſt; & idcirco ab illis demonſtrandum *l. 8. D. de probation.* Sunt igitur liberi ex viro & ejus uxore quæſiti, in patris poteſtate. modo ſint nati ſeptimo menſe poſt contractas nuptias: ſic enim jam receptum eſſe, propter auctoritatem doctiſſimi viri Hippocratis, docet Paulus *l. 12. D. de ſtatu hominum.* nec tamen completum eſſe vult menſem ſeptimum; ſed inchoatum eſſe. indiſtincte enim ait, ſeptimo menſe naſci perfectum partum: nec addit pleno. ſufficit igitur, partum natum eſſe ſeptimo menſe, etſi non pleno. Atqui, inquies, ipſe Paulus *lib. 4. Sentent. tit. 8. §. 5.* contra ſic ſcribit. *Septimo menſe natus matri prodeſt. ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut ſeptimo pleno, aut decimo menſe partus maturior videatur.* Hoc certe argumento credidit Antonius Vacca, vir doctus, Paulum etiam in *d. l. 12.* ſcripſiſſe, ſeptimo menſe pleno naſci perfectum partum: ſed Compilatores Pandectarum verbum, *pleno*, ea in lege expunxiſſe ideo: quod nollet Juſtinianus, exſpectari plenum menſem ſeptimum: magis probans contrariam Ulpiani ſententiam Reſcripto Divi Pii ſubnixam *l. 3. §. 12. D. de ſuis & legitim. hered.* Sed quod dixit Vacca ad *d. l. 12*, mihi non ſapit; nec eſt verum. Alia attulit V. CL. Jacobus Cujacius, *Notis ad Paulum:* ſed non magis idonea ſunt tollendæ difficultati. Mihi probabile eſt, levem mendam, hactenus non deprehenſam, nocuiſſe Paulo *d. §. 5. tit. 9. lib. 4. Sentent.* nam voculam, *aut*, qua bis utitur Paulus, ſemel locum mutaſſe errore Librarii: & eſſe legendum: *ut aut ſeptimo, aut pleno decimo menſe partus maturior videatur.* Ita ſenſus elegans & verus, Partum legtimum ſecundum Hippocratem eſſe, qui natus menſe ſeptimo ſive pleno, ſive inchoato; aut decimo, etſi pleno. Hoc mihi incidit: & convenit huic Auli Gellii *lib. 3. Noct. Attic. c. 16. Sæpius numero decimo menſe; eumque eſſe hominem gignendi ſummum finem, decem menſes non inceptos, ſed exactos. idque Plautum veterem poetam dicere videmus in comœdia Ciſtellaria his verbis.*

--- *Tum illa quam compreſſerat,*
Decumo poſt menſe exacto hic peperit filiam.

Sane ab Hippocrate diſſenſiſſe Paulum, Hippocratis auctoritate utentem in *d. l. 12*, non putem; ſi quidem ſapiam: & *de eo qui centeſimo octogeſimo ſecundo die natus ſit*, id eſt, initio menſis ſeptimi, *Hippocratem ſcripſiſſe, & Divum Pium Pontificibus reſcripſiſſe, juſto tempore videri natum*, clare Ulpianus tradit *d. l. 3. §. 12.* Nec hoc inutile fuerit obſervatu, quod addit §. 11. *præcedente d. l.* Ulpianus, *Poſt decem menſes mortis natum non admitti ad legitimam hereditatem:* non eſſe ſic accipiendum; quaſi dicat, Sub finem decimi menſis, vel eo exacto in continenti, ſed multo ſerius: ut ex Hippocrate pulchre interpretatur Gellius *d. c. 16.* Cæterum (nam huc redeo) ut quis ſit filiusfamilias; non ſufficit, natum eſſe ex viro & ejus uxore menſe ſeptimo: niſi natus ſit ex juſtis nuptiis *d. l. 12. & d. l. 3. h. t.* nam alioquin neque vir, neque uxor, nec nuptiæ, neque matrimonium, intelligitur. itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur, in patris poteſtate non ſunt: ſed tales ſunt, quantum ad patriam poteſtatem, quales ſunt ii, quos mater vulgo concepit. nam nec hi patrem habere intelliguntur: cum & his pater incertus ſit. unde ſolent ſpurii appellari, παρὰ τὴν σποράν, & ἀπάτορες, quaſi ſi ſine patre filii §. 12. *Inſt. de nuptiis:*

quia

quia ut poſſint patrem demonſtrare, tamen eum habent quem habere non licet *l.* 23. *D. de ſtat. hom.* ideoque non patrem, ſed matrem ſequuntur *l.* 19. *D. eod. tit.* niſi aliud inducit lex ſpecialis *l.* 24. *eod. tit.* quæ eſt Lex Menſia, cujus mentio apud Ulpianum *tit.* 5; ut in Notis ibi indicat Cujacius. Sunt igitur liberi ex juſtis nuptiis quæſiti, in patris aut avi paterni poteſtate. at in matris aut avi materni poteſtate non ſunt §. *ult. Inſt. de patr. poteſt. l.* 196. §. 1. *D. de verb. ſign.* traditumque inde *l.* 195. §. *ult. eod. tit.* quod mulier familiæ ſuæ & caput & finis eſt. Aliquis putet, hic obſtare *l.* 4. *D. de curat. fur. & al. extr. ord. dand.* Sed hanc explicui *lib.* 2. *Obſerv. c.* 15.

Secundus modus adquirendæ patriæ poteſtatis Juſtiniano §. *ult. Inſt. de nuptiis* eſt legitimatio. definitur illa, actus quo liberi naturales fiunt legitimi: id eſt, (ut Marcianus loquitur *l.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt.*) quo confirmatur ſtatus liberorum qui non erant legitimi, perinde ac ſi legitime nati eſſent. modo volentes legitimentur.: nam invitos legitimari, negat Juſtinianus *Novell.* 89. *c.* 11. Ego addam, ne volentes quidem, niſi naturales ſint, legitimari. ſoli enim nominantur in hac materia tales. ſunt vero hi, nati ex concubina cujus matrimonium non eſt legibus interdictum *l.* 10 *&* 11. *C. de natur. liber.* etſi alioquin ſpurii, adulterini, inceſtuoſi, non minus ſint naturales; eoſque Reſcripto Divi Marci legitimatos eſſe, conſtet *d. l.* 57. §. 1. ſed hoc extra ordinem factum jure ſummi imperii, non debet trahi ad conſequentiam juris ordinarii & novi quo de nunc agimus. quin hi, tamquam indigni, inde repelluntur *Novell.* 89. *c.* 1. *& c.* 15. Modi hujus legitimationis Juſtiniano duo ſunt: unus fit per ſubſequens matrimonium, alter per oblationem Curiæ *d.* §. *ult. Inſt. de nupt. &* §. 2. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Idem tamen Imperator *Novell.* 74. *c.* 2. *& Novell.* 89. *c.* 9. *& ſeq.* addit modum tertium, per Reſcriptum Principis. Primus legitimandi modus fit per ſubſequens matrimonium. is inventus a Conſtantino, ut refert Zeno *l.* 5. *C. de nat. liberis*, deinde confirmatus ampliatuſque a Juſtiniano *l.* 10. *&* 11. *C. eod. tit. item Novell.* 74. *c.* 4. *& Novell.* 89. *c.* 8. Fit ea legitimatio; cum pater naturalis concubinam cujus matrimonium non eſt interdictum, ducit uxorem: ſed intervenientibus dotalibus, ſeu nuptialibus, inſtrumentis. nam horum mentio fit, ubicumque de hac legitimatione agitur, & promiſcue accipiuntur illa verba: ut apparet ex §. 2. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. d.* §. *ult. Inſt. de nupt. & alibi.* Aliquis dicat, nuptias contrahi nudo conſenſu; tabulaſque magis ad probationem, quam ad ſubſtantiam, pertinere *l.* 4. *D. de pignorib.* Sed hoc leve eſt. ſunt enim aliæ nuptiæ; alia eſt legitimatio nuptiis ſubſequentibus facta. nuptiæ poſſunt contrahi nudo conſenſu. at contractæ, legitimos faciunt liberos poſtea naſcituros: ante natos non æque; niſi ſint perfectæ intervenientibus inſtrumentis. hoc modo legitimatio non debetur nuptiis; ſed legi, nuptiis danti facultatem liberos ante natos retro legitimandi: cum eam per ſe non haberent. lex porro, nuptiis confirmatura ſtatum liberorum ante natorum, ubique nuptialia ſeu dotalia inſtrumenta deſiderat; &, ut mihi videtur, prudentiſſime: poſtquam fuit uſu compertum, ex blanditiis amantum per falſos teſtes ſæpe confingi matrimonia de quibus numquam fuerat cogitatum. id malum pertinere ad exemplum, credidit Juſtinianus *Novell.* 74. *c.* 4. *pr.* ideoque daturus ei remedium, in §. 2. *d. c* 4 porro ait, ſe ſuſpectos habere teſtes omnes: nec velle, partes intelligi nuptiali conveniſſe affectu; niſi omnino cauſa ex literis habeat teſtimonium; atque his ita geſtis, & nuptias & ex eis ſobolem demum fore legitimam. tantum in §. 3. *d. c.* excipit agricolas, milites caligatos, & alios viles atque obſcuros: his concedens jus legitimandi per matrimonium, etſi abſint inſtrumenta. Alter modus legitimandi fit per oblationem Curiæ. is debetur Theodoſio *l.* 3. *C. de natur. lib.* & meminit Juſtinianus *Novell.* 89. *c.* 2. Eſt autem Curia, Ordo Decurionum. Plinio *lib.* 10. *Epiſt.* 83. 115. *&* 116. Senatus municipalis dicitur: ſicut Curiales, ſive Decuriones *l.* 33. *C. de Decurionib.* ſunt Senatores municipales. Fit vero hæc legitimatio, ubi pater naturalis filium naturalem offert Curiæ: id eſt, ut fiat Decurio; & fit obnoxius nexibus curialibus: vel filiam naturalem offert nuptiis Decurionis. Privilegium indicavi. cauſam addi, nil opus: quia eam dudum dedere Barnabas Briſſonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 13. Janus a Coſta, M. Antonius Muretus, *ad d.* §. *ult.* aliique. Tertius legitimandi modus eſt per Reſcriptum Principis. eum quaſi in ſubſidium invenit Juſtinianus *Novell.* 74. *c.* 2, *& Novell.* 89. *c.* 4. tum certe obtinet demum, ſi pater naturalis non habeat liberos legitimos; & mulier, quacum habuit conſuetudinem, ſit defuncta; aut matrimonium cum ea impediatur ſacerdotio; aut ea peccaverit aliquid circa thorum, ut cum ea honeſte contrahi matrimonium nequeat; aut ſi ipſa non appareat. in his enim caſibus permittitur naturali patri, Principem rogare per libellum; ut naturalem filium faciat legitimum. ac, ſi ei ſubſcribat Princeps; dicitur filius eſſe legitimatus per Reſcriptum. Idem eſt: ſi pater in teſtamento permiſerit, id a filio peti. tum enim eſt filio jus petendi legitimationem; dum libello annectat patris teſtamentum *d. c.* 2. *Novell.* 74, *& d. c.* 4. *Novell.* 89. Expoſui tres modos legitimationis. Reſtat effectus. non eſt idem omnium: nam ſi per oblationem Curiæ, aut per Reſcriptum Principis, contingat: habetur quidem legitimatus pro legitimo, ſed uni patri, non aliis *l.* 9. *C. de nat. lib. Novell.* 74. *c.* 2, *& Nov.* 89.

c. 9 *&* 10. Quod ſi fiat per ſubſequens matrimonium, intervenientibus dotalibus ſive nuptialibus inſtrumentis: longius ſe exſerit vis legitimationis. non enim jam ſoli patri legitimus fit legitimatus, ſed etiam reſpectu omnium conſanguineorum talis habetur *Novell.* 12. *c.* 4, perinde ac ſi ab initio legitimus fuiſſet *Novell.* 89. *c.* 8.

TITULUS VII.

De Adoptionibus & Emancipationibus & aliis modis quibus patria poteſtas. ſolvitur.

RELIQUUM eſt, ut de adoptionibus videamus: nam filiosfamilias (ut in *l.* 1. *h. t.* a Modeſtino dictum) non ſolum natura, ſed adoptiones quoque faciunt. Adoptare vero eſt, adlegere: quando optare eſt, legere vel eligere: auctore Servio ad hoc Virgilii *lib.* 1. *verſ.* 429, *Pars optare locum tecto:* & *lib.* 3. *verſ.* 109, *Optavitque locum regno.* Pari ſenſu dicitur optio legari; cum electio legatur *l.* 2. §. 3. *l.* 4. *& paſſim ſub tit. D. de opt. vel elect. leg.* nec mirum, legere vel eligere dici pro adoptare: ut in hoc Auſonii, in Cæſaribus, *in Nerva.* 13.

Nulla viro ſoboles, imitatur adoptio prolem:
Quam legiſſe juvet, quam genuiſſe velit.

Apud Vopiſcum quoque *Aureliano. c.* 14 eſt: *Apud majores noſtros ab optimis quibuſque in filiorum locum fortiſſimi viri ſemper electi ſunt, ut vel ſeneſcentes familias, vel fœtus matrimoniis jam caducos ſubſtituta fœcunditas prolis ornaret.* Salluſtius *Bell. jugurth. c.* 10 dixit, *Liberos ſumere.* Igitur A. Gellius, *lib.* 5. *Noct. Attic. c.* 19, adoptionem definit, quum in alienam familiam, inque liberorum locum extranei ſumuntur. Apparet autem, extraneum vocare, omnem qui non ſit in familia ac poteſtate adoptantis. Ea porro adoptio *l.* 4. *h. t. l.* 3. *D. de offic. Proconſ. l.* 1. *D. de offic. Juridici* vocatur legis actio: in *l.* 25. §. 1. *h. t.* appellatur ſolemnitas. eſtque inde conſequens, (quod obſervat Ulpianus *d. loc. & l.* 24. *h. t.*) ut neque adoptare, neque arrogare, quis abſens, nec per alium, ejuſmodi ſolemnitatem peragere poſſit. Ab eadem cauſa adoptio neque diem recipit, neque conditionem: exemplo cæterorum actuum qui legitimi dicuntur *l.* 77. *D. de reg. jur.* Hoc clare Paulus *l.* 34. *h. t.* *Quæſitum eſt*, inquiens, *ſi tibi filius in adoptionem hac lege ſit datus, ut poſt triennium (puta) eumdem mihi in adoptionem des, an actio ulla ſit? Et Labeo putat nullam eſſe actionem: nec enim moribus noſtris convenit filium temporalem habere.* Eſt igitur adoptio legis actio: at non qualis qualis; ſed naturam imitans: ut Auſonius ait *d. loc.* & Juſtinianus §. 4. *Inſt. h. t.* Papinianus *l.* 23. *D. de liber. & poſt.* dicit imaginem naturæ. Gajus *lib.* 1. *tit.* 7 ſic exprimit, adoptio eſt naturæ ſimilitudo: ut aliquis filium habere poſſit, quem non generavit. Filium ait Gajus, exempli gratia: nam & filia adoptatur, item nepos & neptis. at in fratrem aut patruum nullius momenti eſſe adoptionem, traditur *l.* 7. *C. de hered. inſtit.* & recte: ut enim quis liberos generet; quis fratrem generat aut patruum? nemo. ſed hoc obſervavit olim Harmenopulus, *lib.* 4. *Prompt. tit.* 6. Non magis poteſt minor natu majorem adoptare, aut æqualis æqualem: pro monſtro enim foret, majorem eſſe filium, quam patrem. debet itaque is qui ſibi filium per adoptionem vel arrogationem facit, plena pubertate, id eſt, decem & octo annis præcedere §. 4. *Inſt. h. t.* Illud mirere, quod a Paulo ex *lib.* 1. *Regularum* traditum *l.* 30. *h. t.* *Et qui uxores non habent, filios adoptare poſſunt.* nempe poterat metui; ne impedimento eſſet juris regula. Sed placuit ſufficere, volentibus adoptare, ſi uxores habere poſſint, permittente natura *l.* 16. *h. t.* Igitur qui generare poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare quoque poſſunt: caſtrati non poſſunt §. 9. *Inſt. h. t.* ipſumque hoc diſcrimen indigitavit Modeſtinus *l.* 40. §. 2. *h. t.* quamquam una tantum extat ſpecies: cum ſit is locus ex *lib.* 1. *Differentiarum.* Simili modo licet in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat §. 5. *d. t.* & *l.* 37. *D. h. t.* modo per ætatem habere poſſit. Præterea tam poteſt quis filium alienum in locum nepotis adoptare, quam nepotem in locum filii §. 6. *Inſt. h. t.* ſi eum ante emancipaverit. hoc enim facit non ut avus, ſed ut quilibet *l.* 15. §. 1. *h. t.* tantum deſideratur, (quod in tranſcurſu annotabo) ſi quem nepotis loco adoptet, tamquam ex certo filio, puta Lucio, vel naturali vel adoptivo; ut eo caſu filius Lucius conſentiat; ne alioquin ei invito ſuus heres adgnaſcatur §. 7. *Inſt. h. t.* quod non eſt opus; ſi eum adoptet, quaſi ex incerto filio natum: quia ſic nulli adgnaſcitur, tamquam ſuus *l.* 44. *h. t.* ac ſecundum hæc explicanda *l.* 6. *h. t.* Sed, ut eo redeam, poſtquam placuit, fœminas nec naturales liberos in ſua poteſtate habere, etiam ſuit regulis juris receptum, ne poſſint adoptare vel arrogare: quaſi natura non patiatur, eas in ſua poteſtate habere liberos adoptivos, quæ in poteſtate non poſſunt habere liberos naturales. atque ita ex uſu ſui temporis Ulpianus in *Fragm. tit.* 8. §. 8. obtinuit tamen adverſus regulas juris, ut ex indulgentia Principis etiam adoptare poſſint fœminæ in ſolatium amiſſorum liberorum §. 10. *Inſt. h. t.* ac permiſere id primi Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. h. t.* Longum fuerit, ſi adſeram omnia, ſimilitudini naturæ & adoptionis conſequentia. non fue-

fuerit tamen extra propoſitum, monere, quod & fecit Juſtinianus §. 8. *Inſt. h. t.* in plurimis cauſis eum qui adoptatus vel adrogatus eſt, adſimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus eſt. tranſit enim (ut dictum in definitione) in familiam patris adoptivi, & ibi fit ſuus heres *l.* 1. §. 2. *D. de ſuis & legitim.* perinde ac ſi ex eo & ex ejus matrefamilias eſſet natus. ita Proculus *l.* 44. *h. t.* verba Proculi: *Si ſic adoptavit, ut etiam jure legis nepos ſuus eſſet, quaſi ex Lucio (puta) filio ſuo & ex matrefamilias ejus natus eſſet.* ita editur Florentiæ ſatis idoneo ſenſu: etſi in quibuſdam libris non inepte, imo aptius forte, legitur: *Ut tam jure legeque nepos eſſet quaſi ex Lucio (puta) filio ſuo & ex matrefamilias ejus natus eſſet.* idque malunt Balduinus *Notis ad hunc Titulum Pandectarum*, & Duarenus *lib.* 2. *Diſp. anniverſ. c.* 14. Ut ut erit, ait Juſtinianus *d.* §. 8, fieri ex hoc principio; ut ſi quis per Imperatorem aut per Prætorem vel Præſidem provinciæ aliquem adoptaverit, poſſit eumdem alii in adoptionem dare: certo, quod eſt per adoptionem in ejus familiam tranſlatus. Igitur efficitur quoque, cum patri adoptivo fieri heredem nominis, pecuniæ, & ſacrorum. clare Cicero *Pro domo c.* 13. *Quas adoptiones hereditates nominis, pecuniæ, ſacrorum, conſecutæ ſunt.* Et apud Vopiſcum *Aureliano c.* 14. *Jube igitur, ut lege agatur, ſitque Aurelianus heres ſacrorum, nominis & honorum, totiuſque juris Ulpio Crinito.* At ſicut adoptivus filius adoptivo patri, in cujus familiam tranſit, fit ſuus heres: ita patri naturali in cujus familia eſſe deſinit, fit extraneus. Quintilianus, *Declam.* 346. *Dando in adoptionem jus omne tranſlatum eſt.* Tantum retinet jus naturæ, id eſt, jus cognationis, amiſſo jure agnationis. Sic Ulpianus *l.* 4. §. 10. *D. de gradibus.* Quintilianus *d. loc.* & apud Terentium *Adelph.* 1. 2. *verſ.* 46 Micio, *Natura tu illi pater es, conſiliis ego.* Ita quid mirum, quod obſervat Dion, *lib.* 46. *pag.* 366, Octavium, adoptatum teſtamento avunculi, Caji Julii Cæſaris, deinde appellatum fuiſſe Cajum Julium Cæſarem Octavianum. nimirum aſſumpſit prænomen, nomen, & cognomen, patris adoptivi, retento ſuo, ſed inflexo. Superioribus etiam conſequens fuit: quod ait Paulus *l.* 23. *h. t.* eum qui in adoptionem datur, his quibus adgnaſcitur, & cognatum fieri: quibus vero non adgnaſcitur, nec cognatum. & hanc addit rationem: quod adoptio non jus ſanguinis, ſed adgnationis, adfert. & ideo, inquit, ſi filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non eſt: neque enim adgnaſcitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. item nec mater mea aviæ loco illi eſt: quoniam his qui extra familiam meam ſunt, non adgnaſcitur: ſed filiæ meæ is quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea eſt filia. quod ab Ulpiano confirmatur *l.* 1. §. 4. *D. Unde cognati.* cæterum etſi adgnaſcitur patri adoptivo ejuſque adgnatis: auctoritas tamen eorum inter quos jura adgnationis conſequuntur, eam in rem neceſſaria non eſt *l.* 7. *h. t.*

Illud quale: quod Paulus *l.* 35. *h. t.* dignitas, inquit, per adoptionem non minuitur, ſed augetur? & exemplum Paulo in Senatore: qui a Plebejo adoptatus, nihilominus manet Senator. ſimiliter Senatoris filius a plebejo adoptatus, adhuc quaſi Senatoris filius videtur *l.* 5. & 6. *pr.* & §. 1. *D. de Senatorib.* vice etiam verſa ſi Senator hominem plebejum adoptet; placet, adoptivum Senatoris filium intelligi *dd. ll.* ejuſque privilegiis eum etiam in pœnis frui *l. ult.* §. 1. *D. de pœnis.* Hæc ideo noto: quia ſic liquet, quæ a Cicerone *Pro domo c.* 14 contra Clodii arrogationem a confuſione gentis patriciæ plebejæque producuntur, aut oratorio more dici pro cauſa, aut moribus populi Romani deinde evanuiſſe. Sed talia pendent magis ab arbitrio utentium, quam a naturali ratione. Ut ut erit, quod ex Paulo dictum, jus fuit conſtante adoptione. finita enim patris adoptivi poteſtate, in omni fere jure ex priſtino nullum retinetur veſtigium: denique & patria dignitas per adoptionem quæſita, ea finita deponitur. ita Papinianus *l.* 13. *h. t.* additque Pomponius *l.* 14. etiam nepotem ex filio apud adoptatum patrem conceptum & natum, per emancipationem jura omnia perdere.

Tantum de definitione adoptionis: ſequitur diviſio. Eſt enim generale adoptionis nomen, ſed (ut Modeſtinus ait *l.* 1. §. 1. *h. t.*) in duas ſpecies dividitur: quarum altera adoptio ſimiliter dicitur: altera arrogatio. adoptantur filiifamilias: adrogantur qui ſui juris ſunt. Ait autem Gajus *l.* 2. *h. t.* adoptionem fieri imperio Magiſtratûs. A. Gellius *lib.* 5. *c.* 19. dicit, per Prætorem. addam, vel alium, apud quem legis actio ſit, ut Conſulem, vel Præſidem *l.* 3. & 4. *D.* & *l.* 1. *C. h. t.* Non igitur fit adoptio tabulis, licet per tabellionem conficiendis, ſed ſolemni juris ordine apud Præſidem, verbi gratia, ſolet copulari *l.* 4. *C. h. t.* Ordinem deſcribit Juſtinianus *l. ult. C. eod. tit.* fuit autem talis. Filius a patre naturali cujus in poteſtate erat, per æs & libram patri adoptivo venditus tamquam ſervus, ab eo manumittebatur. is manumiſſus ex lege Romuli relapſus in patris naturalis poteſtatem, ab eo iterum patri adoptivo vendebatur nummo imaginario, & ſimiliter ab eo iterum manumittebatur. relapſus autem in patris naturalis poteſtatem, tertio vendebatur patri adoptivo. tum vero ab eo non manumittebatur, ſed in jure coram Magiſtratu cui ea legis actio erat, vindicabatur ex jure Quiritium tamquam filius; & non contravindicante vel cedente patre naturali, a Magiſtratu cui ea legis actio erat, addicebatur. atque hoc ſenſu Gajus *d. l.* 2. ait, hanc adoptionem fieri imperio Magiſtratus. A. Gellius *d. c.* 19. *lib.* 5. ſic exprimit. *Adoptantur quum a parente in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in jure ceduntur,*

atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio eſt, vindicantur. Eodem ſpectat hoc Suetonii, *Auguſto c.* 64, *Cajum & Lucium adoptavit domi per aſſem & libram emptos a patre Agrippa.* Sic in filio. at in cæteris liberis, id eſt, filia, nepote, & nepte, tantum unam emancipationem ſine manumiſſione intervenisſe, Juſtinianus refert *d. l. ult.* ibidemque omnem mutat veterem ſolemnitatem: vult enim, licere parenti qui liberos in poteſtate conſtitutos, in adoptionem dare deſiderat, ſine vetere obſervatione emancipationum & manumiſſionum hoc ipſum, actis intervenientibus, apud competentem Judicem manifeſtare, præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo qui adoptat. igitur deſideratur quidem adhuc in adoptione utriuſque præſentia; ſed ſufficit filii conſenſus vel tacitus, quamvis non ſit expreſſus. at in arrogatione, ut mox dicetur, neceſſaria eſt expreſſa voluntas *l.* 5. *h. t.* vel (ut A. Gellius ait *d. c.* 19. *lib.* 5.) ipſe debet auctor fieri.

Illud non indignum notatu: quod ut unum hominem in judicio duas perſonas ſuſtinere non oporteat *l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* tamen Paulus *l.* 3. *h. t.* Si, inquit, Conſul vel Præſes ſit filiusfamilias: poſſe eum apud ſemet ipſum vel emancipari, vel in adoptionem dari, conſtat: & ſubjicitur ex Modeſtino *l.* 4. Magiſtratum apud quem legis actio eſt, & emancipare filios ſuos, & in adoptionem dare apud ſe poſſe, Neratii ſententia eſt. Tantum uſus valet! Cæterum, ut finem faciam huic parti, liquet ex ſupra dictis, filium a patre datum in adoptionem, jure civili deſinere in ejus poteſtate eſſe; & contra in patris adoptivi poteſtatem perinde transferri, ac ſi ex eo & ejus matrefamilias eſſet natus. Sed hoc mutavit Juſtinianus *l.* 10. *C. h. t.* ſuadente lubrico adoptionis, ſi quis extraneo ſit in adoptionem datus. nam ſi ab aliquo ex adſcendentibus, puta, avo paterno aut materno, adoptatus ſit: jam quia duo concurrunt vincula, & naturalia & civilia, placuit ei, jus antiquum retinere.

Altera adoptionis ſpecies eſt arrogatio: quæ eſt eorum qui ſunt ſui juris: dicta (ut Gajus *l.* 2. *h. t.* ait) a rogando: quia & is qui adoptat, rogatur, an velit eum quem adoptaturus eſt, juſtum ſibi filium eſſe; & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur. Aulus Gellius *lib.* 5 *Noct. Attic. c.* 19. addit: quod arrogatio fiebat etiam per Populi rogationem; ejuſque rogationis verba hæc fuiſſe. *Velitis. jubeatis. Quirites. uti. Lucius. Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. lege. q. filius. ſibi. ſiet. quam. ſi. ex. eo. patre. matre. q. familias. ejus. natus. eſſes. uti. q. ei. vitæ. necis. q. in. eo. poteſtas. ſiet. uti patri. endo. filio. eſt. hæc. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* In adoptione non erat hac rogatione opus: quia poterat pater filium quem in poteſtate habebat, occidere; nec minus poterat eum alii vendere. at in arrogatione idcirco neceſſe erat, rogari Populum: quod civis Romanus ſui juris, non poterat ſtatum ſine Populi conſenſu mutare; eoque ſe dare in alterius poteſtatem: ut bene obſervat Torrentius, ad Suetonium *Auguſto c.* 64. Debuit igitur in arrogatione triplex fieri interrogatio, etſi Gajus, quod offendit Andream Alciatum, V. Cl. *lib.* 9. *Parerg. c.* 5, alioſque, tantum meminerit duplicis. Sed habuit hanc cauſam Gajus, meo judicio: quod omnibus erat certum, arrogationem quam per Populum fieri oportebat, non procedere ſine Populi rogatione: per ea quæ alibi dixi ex Gellio *lib.* 10. *c.* 20: ſed poterat dubitari, an ea procederet ſine rogatione ejus qui arrogat, quique interrogatur: modo eos tacite vel palam conſenſiſſe appareret: ſicut hoc in adoptione ſufficit. ac neſcio, an in propoſito hanc utriuſque differentiam indigitet Celſus *l.* 5. *h. t.* *In adoptionibus*, inquiens, *eorum dumtaxat qui ſuæ poteſtatis ſunt, voluntas exploratur. ſin autem a patre datur in adoptionem, in his utriuſque arbitrium ſpectandum eſt, vel conſentiendo vel non contradicendo.* Non minus huc ſpectat hoc Ulpiani *l.* 24. *h. t.* *Neque abſens, neque diſſentiens arrogari poteſt.* Sed ſæpe fit apud noſtros: ut omiſſa re certa & indubitata, tantum tractetur minus certa. & notavi ſimile *lib.* 1. *Probabil. c.* 5. Ut igitur valeret arrogatio, oportebat triplicem intervenire interrogationem, arrogatoris, arrogandi, & Populi in comitiis curiatis; eoque tantum Romæ fieri ſolitam arrogationem, Ulpianus refert in *Fragm. tit.* 8. Hæc libera republica. qua mutata, bifariam facta fuit arrogatio: vel more antiquo apud Populum in comitiis curiatis, vel lege regia apud Principem. utraque forma apparet ex hiſtoria & oratione Galbæ, Piſonem arrogantis, apud Tacitum *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 15. *& ſeq.* adhuc more vetere uſus fuit Auguſtus apud Suetonium *Auguſto c.* 65. & Claudius apud Tacitum *lib.* 12. *Annal. c.* 26. *&* 41. etiam ejus mentio apud Gajum *lib.* 2. *Inſt. tit.* 2, & Ulpianum, *d. tit.* 8. Novæ formæ meminit *l.* 19. *l.* 20. *l. ult. h. t.* etiam Gajus *l.* 2. *D. h. t.* quæ eſt ex ejus *lib.* 1. *Inſtitutionum*: quamquam ibi *tit.* 7 nullum ejus hodie eſt veſtigium. Tandem apud unum Principem receſſiſſe arrogationem intelligitur ex *l.* 2. *C. h. t.* Utrovis modo fiat arrogatio: verum eſt hoc Ulpiani *l.* 15. *h. t.* *Si paterfamilias adoptatus ſit: omnia quæ ejus fuerunt, & adquiri poſſunt, tacito jure ad eum tranſeunt qui eum adoptavit. hoc amplius liberi qui in poteſtate ejus ſunt, eum ſequuntur.* Poſterius certe Juſtinianus §. 11. *Inſt. h. t.* in arrogatione Tiberii obſervat: utrumque Suetonius *Tiberio c.* 15. Verba. *Adoptatur ab Auguſto* (Tiberius) *ſimul cum fratre eorum M. Agrippa: coactus prius ipſe Germanicum fratris ſui filium adoptare. Nec quidquam poſtea pro patrefamilias egit: aut jus quod adoptione amiſerat, ex ulla parte retinuit. Nam neque donavit, neque manumiſit: nec hereditatem*

qui-

quidem aut legata percepit ullâ aliter, quam ut peculio referret accepta. Cæterum ait Gellius *d. c.* 19, quod apud Populum non temere fiebat arrogatio, niſi arbitris Pontificibus; id eſt, niſi cauſa a Pontificibus cognita. eoque exemplo hodie, cum ſit per Reſcriptum Principis, debere intimari apud Prætorem vel Præſidem, auctores ſunt Diocletianus & Maximianus *d. l. 2. C. h. t.* Quid autem in cauſæ cognitione vertatur, præter A. Gellium *d. c.* 19, & Ciceronem, *Pro domo c.* 14, tradit Ulpianus *l.* 15. §. 2. & 3. & *l.* 17. *h. t.* licet, illos inſpicere: non enim adſeram omnia. tantum notabo, quod inter cætera ait Gellius, ſolitum fuiſſe tractari de liberto, an poſſit ab ingenuo arrogari. ſed noſtri diſtinguunt proprium ab alieno. hunc negant arrogari: ne patrono injuria fiat *d. l.* 15. §. 3. illum ſinunt arrogari; ſi precibus inſerat juſtam cauſam, id eſt, quod liberos non habeat *l. 3. C. h. t.* ita tamen, ut publice maneat libertinus *l. ult. h. t. l. ult. D. de ſtat. hom.* quamvis in familia patroni arrogatoris ingenui jura ſit conſecutus *l. 32. D. de ritu nupt.* Hoc æque non ſilebo, ab Ulpiano *d. tit.* 8. obſervari: quod fœminæ apud Populum non arrogantur. (ſic ibi vere legit Cujacius *in Notis*) Idemque antea fuit in pupillis: hac ratione quæ eſt A. Gellii, *Quoniam & cum fœminis nulla comitiorum communio eſt, & tutoribus in pupillos tantam eſſe auctoritatem poteſtatemque, fas non eſt; ut caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ ditioni ſubjiciant.* Sic in fœminis, ſi in comitiis Populi celebranda ſit arrogatio. at aliter eſt, ſi fiat ex Reſcripto Principis. hoc enim modo eas arrogari poſſe, ait Gajus *l.* 21. *h. t.* Idemque nunc in pupillis eſſe ex Conſtitutione D. Pii, Ulpianus memorat *d. tit.* 8. Inde igitur & tutoribus auctoritatem intervenire, monet Juſtinianus *l. ult C. de auctorit. præſt.* Video, etiam curatoris mentionem fieri a Modeſtino *l. 8. h. t.* eamque legem exponi a Cujacio *lib. 26. Obſerv. c.* 7. at, meo judicio, diligentius, quam felicius. quæ enim attulit de tutela muliebri, Senatuſconſulto Claudiano ſublata, procul vero eſſe, ex his quæ ad *l. 2. Cod. Theod. de tut. & curat. creand.* annotavit Jacobus Gothofredus, facile intelligitur. Ac nec ipſe, quemadmodum lucem faciam Modeſtino, adhuc potui ad liquidum deducere. doceant eruditiores. habebo gratiam. fallere certe juris ſtudioſos ſpecie vanæ interpretationis, non eſt mei moris.

Interim, ut ex quæſtione naſcitur quæſtio: poteſt dubitari, an vel ei qui alicujus tutelam vel curam adminiſtravit, arrogare permittatur; ſi qui arrogatur, ſit minor annis quinque & viginti? negat Ulpianus *l. 17. h. t.* & recte: præfatus, ne forte ideo eum arroget, ne rationes reddat. Imperator tamen Titus Antoninus (quod obſervavit Papinianus *l. 32. §. 1. h. t.*) reſcripſit, privignum ſuum tutori adoptare permittendum. optima humanitatis ratione, pulchre animadverſa a Jacobo Cujacio, *lib. 2. Obſerv. c.* 38.

Poteſt igitur pupillus ex Conſtitutione D. Pii hodie arrogari cauſa cognita, ſed diligentius, quam in puberum arrogatione fieri ſolet. vult enim Ulpianus, præter ſuperiora, etiam ſpectari mores arrogatoris, item perſonarum conjunctionem, & facultates *d. l.* 17. §. 1. & *ſeqq.* Inſuper ait Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* hanc arrogationem fieri cum quibuſdam conditionibus; in eiſque eſſe, ut caveat arrogator ſe, ſi intra pubertatem deceſſerit pupillus, ejus bona reſtituturum illis qui, ſi adoptio facta non eſſet, ad ejus ſucceſſionem venturi eſſent. quod & Marcellus probat *l. 18. h. t.* Ulpianus eam cautionem vocat ſatiſdationem *d. l.* 17. §. *ult.* viſa vero hæc Marcello adeo neceſſaria; ut, etſi cauſa arrogationis ob alia probanda ſit, non debeat ſubſcribi aliter, quam ea præſtita *l. 18. h. t.* formulam exponit Ulpianus *l. 19. h. t.* ait autem, ea & libertatibus proſpectum eſſe quæ ſecundis tabulis datæ ſunt, & multo magis ſubſtituto ſervo, item legatariis. ait, *ſubſtituto ſervo.* ſed delendum verbum, *ſervo*, quaſi otioſum; & ſcribendum, *& multo magis ſubſtituto, item legatariis.* Res clara: puto autem ait, ideo proſpici libertatibus & legatis in ea ſubſtitutione datis: quia alioquin una cum ſubſtitutione corruerent; propter arrogati capitis deminutionem. quod ſi nullæ fuerunt ſecundæ tabulæ; ſatiſdatio proficiet his qui ab inteſtato fuiſſent ad arrogati bona venturi, niſi arrogatio incidiſſet *d.* §. 3. *Inſt. h. t.* Habet igitur hæc ſatiſdatio locum, ſi impubes decedat arrogatus *l. 20. h. t.* ultra non. nempe quia pupillaris ſubſtitutio pubertate extinguitur, poſſetque teſtari pubes, ſi non eſſet arrogatus. deinde perinde habetur, ac ſi ab initio pubes arrogatus fuiſſet. quod & ante Antoninum fieri potuiſſe, ex A. Gellio *d. c.* 19. intelligitur. cavetur igitur ſolum in caſum, ſi impubes moriatur pupillus, qui arrogatur: id eſt, cum ipſe non poteſt facere teſtamentum. Fere oblitus eram, quod formula quamquam de pupillo tantum loquitur; tamen & in pupilla, ſi illa arrogetur, locum habet *l. 20. h. t.* Quæ dixi vera ſunt; ſi arrogatus filius impubes vivo arrogatore moriatur. Quid, ſi arrogator deceſſerit, impubere relicto filio adoptivo; & mox impubes decedat: an heredes arrogatoris teneantur, quæritur? & putat Ulpianus, heredes quoque reſtituturos & bona arrogati, & præterea quartam partem *l. 22. h. t.* Ulpianus intelligit quartam quæ in *l.* 8. §. 15. *D. de inofficioſ. teſtam.* & *l.* 1. §. 21. *D. de collat. bon.* quarta D. Pii appellatur. is enim Imperator juſſit, arrogatorem non modo cavere, reſtituturum ſe impuberis mortui bona his ad quos, ſi arrogatio non interveniſſet, perventura fuiſſent: ſed præterea eum ſe non emancipaturum, niſi cauſa cognita fuerit dignus emancipatione judicatus; eoque caſu ejus bona

ei

ei redditurum: ſed & ſi decedens eum exheredaverit, vel vivus ſine juſta cauſa emancipaverit, ei relicturum ſe quartam partem bonorum ſuorum §. 3. *Inſt. h. t.* Apparet igitur, eſſe hanc cautionem ab arrogatore præſtandam, antequam arrogationi ſubſcribatur: ſive in nepotem quis adoptetur, ſive in locum filii *l.* 22. §. *ult. h. t.* Supereſt, ut videamus, cui cavendum ſit? ait autem Marcellus *l.* 18. *h. t.* eſſe cavendum ſervo publico. Juſtinianus *d.* §. 3. ait, perſonæ publicæ. Cur tam varie? imo cur non his quorum interſit? Sed hæc ratio adfertur: quod hi ad quos res ſit perventura; non peræque certi ſunt. etiam poteſt evenire, ut hi abſint aut nequeant ſibi ſtipulari. adhibitus igitur antiquitus ad Tabellionis munus fuit ſervus publicus; qui ſit quaſi omnium ſervus; eoque omnibus quaſi dominis ſtipulari, & ex ſtipulatu adquirere poterat *l.* 2. *D. Rem pupill. ſalv. for.* Sed poſtquam ſervi a Tabulariorum munere remoti ſunt ab Arcadio & Honorio *l.* 3. *C. de Tabular. ſcrib. lib.* 10. *tit.* 69: Juſtinianus *d.* §. 3. *Inſt. h. t.* pro *ſervo publico* reſtituit *perſonam publicam:* ut præter alios a Mureto ibi eſt annotatum. Sic, ſi interpoſita ſit cautio. quid, ſi omiſſa ſit? adhuc placet, his quorum interſit, utilem actionem adverſus arrogatorem dari *l.* 19. §. 1. *h. t.*

Miſſa hæc faciam; ſi addidero, quod in *l.* 37. §. 1. *h. t.* non incommode ſic ait Paulus, Eum quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non poteſt adoptare. At qui eſt patria poteſtate liberatus, eum poſtea non poſſe in poteſtatem honeſte reverti, niſi adoptione, id eſt, argatione, Ulpianus ſcribit *l.* 12. *h. t.* Hoc quoque cum evenit; placuit Veteribus, hunc filium non pro adoptivo accipere, ſed pro naturali. Papinianus *l.* 23. *D. de liber. & poſth.* ſic exprimit: In omni fere jure ſic obſervari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intelligatur; ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet, quod non tranſlatus, ſed redditus videretur. idque & Ulpianus probat *l.* 12. §. 7. *D. de bon. poſſ. contr. tabb.*

Vidimus, quibus modis adquiratur patria poteſtas. videamus, quibus tollatur. indicat autem Rubrica, fuiſſe complures. primus eſt adoptio, de qua jam dictum ſatis. alter modus quem Rubrica adfert, eſt emancipatio. fiebat ea jure vetere per tres imaginarias emptiones venditioneſque, & totidem manumiſſiones, exemplo legis Duodecim Tabularum: qua cautum erat; ne filius a patre fieret liber; niſi ter venditus, terque manumiſſus. potuiſſe autem ſingulas emancipationes fieri vel iiſdem vel aliis teſtibus, item vel eodem die, vel intermiſſo tempore, Paulus refert *lib.* 2. *Sentent. tit.* 26. cæteri liberi, præter filium, una venditione & manumiſſione de patris poteſtate exibant: ut nos docet Ulpianus *tit.* 10. §. 1. *& l.* 8. §. 1. *D. de injuſto rumpto.* Solebat autem pater, cum filium tertium mancipare t, paciſci; ne manumitteretur ab emptore; ſed ut ſibi ab eo remanciparetur. quo caſu dicebatur vendi contracta fiducia. ipſe vero pater filium ſibi remancipatum, manumittebat, ut manumiſſione fieret ejus patronus, & jura patronatus haberet. Hac forma fiebat emancipatio vetere jure. alia non erat: eoque ſic reſcripſere Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de emancip. liber. Non nudo conſenſu patria liberi poteſtate, ſed actu ſolemni, vel caſu liberantur: nec cauſæ quibus motus pater emancipavit filium, ſed actus ſolemnitas quæritur.* Hunc rigorem imminuit Anaſtaſius *l.* 5. *C. de emancipat. liber.* permittens, liberos a parentibus, qui id ſpecialiter per Reſcriptum impetraverint, apud Magiſtratum competentem, ſine ſolemnitatibus de quibus dixi, emancipari nuda voluntate patris, conſentiente tamen filio: niſi ſit infans, qui etiam ſine ejus conſenſu hoc modo emancipatur. Longius ivit Juſtinianus *l. ult. C. eod. tit.* nimirum voluit, patri jus eſſe, etiam non impetrato Principis Reſcripto, liberos ſuos conſentientes vel non contradicentes, apud judicem competentem, exploſa omni vetere fictione, ſola voluntatis declaratione a ſua manu demittere: eoque facto, patri omnia præſtari jura quæ patrono in bonis liberti tribuuntur; nec minus eum, ſi impubes filius ſit, legitimam ejus tutelam nanciſci.

Expoſui tres emancipationis formas, veterem legitimam, Anaſtaſianam, & Juſtinianeam, ordine traditas §. 6. *Inſt. Quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* qualiſcumque autem ſit, tantum inter volentes obtinet. ita neque liberi inviti manumittuntur; neque parentes coguntur eos manumittere: certa juris regula quæ ex Marciani *lib.* 5. Regularum extat *l.* 31. *h. t.* & (ut intelligitur ex *l.* 4. *C. de emancipat. liberor.*) ne infringitur quidem Reſcripto Principis: non ſoliti beneficia tribuere in cujuſquam injuriam: Sic: ſi nulla adferatur juſta cauſa: nam ſi hæc ſit; contra eſt. & eſt exemplum *l.* 32. *&* 33. *h. t.* juncta *l.* 3. §. 6. *D. de minorib.* item *l.* 92. *D. de condit. & demonſtr.* præterea *l. ult. D. ſi a par. quis manumiſſ. & l.* 12. *C. de Epiſcop. aud.*

Præter adoptiones & emancipationes, ait Rubrica, eſſe alios modos quibus patria poteſtas ſolvitur. Diocletianus & Maximianus certe *l.* 3. *C. de emancip. liber.* dicunt, id fieri actu ſolemni vel caſu. talis vero caſus eſt, mors naturalis qua de Juſtinianus *pr. Inſt. Quib. mod. jus patr. poteſt. ſolv.* & Ulpianus *tit.* 14. §. 2. nec minus maxima & media capitis deminutio quæ mors civilis appellatur *d. tit.* 10. §. 3. niſi ſi alterutram capitis deminutionem paſſus, ex indulgentia Principis reſtitutus ſit per omnia: tum enim priſtinum recipit ſtatum §. 1. *&* 3. *Inſt. d. tit.* A capitis deminutione ſeparanda eſt captivitas hoſtium: ea enim patriam poteſtatem non tam tollit, quam ſuſpen-

pendit: intercedente fictione juris poſtliminii, & legis Corneliæ §. 5. *d. tit.*

Magis caſui comparetur dignitas; quamquam non omnis, etſi maxima, verbi gratia, Conſulatus; (ut alibi monui ex Dionyſio, & apparet ex §. 4. *Inſt. d. tit.* & *l.* 1. §. *ult. D. de Senatuſc. Macedon.*) ſed dignitas Flaminis Dialis, & Virginis Veſtalis. nam utraque tollit patriam poteſtatem, & quidem ſine capitis deminutione: ut ex A. Gellio *lib.* 1. *Noct. Attic. c.* 12, & Ulpiano *d. tit.* 10. §. *ult.* præclare obſervavit *in Notis* Cujacius; ſimul explicandum inde eſſe, quod in *l.* 3. §. *ult. D. de Senatuſc. Maced. l.* 2. §. 1. *D. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* & *l.* 1. §. 4. *D. Quand. de pec. act. ann.* dicitur quis non modo morte, ſed etiam alias, ſui juris fieri ſine capitis deminutione. Interim, ſublata Gentili ſuperſtitione, nolli ſunt Flamines Diales, nullæ Virgines Veſtales: ideoque nulla in jure Juſtinianeo mentio tollendæ hoc modo patriæ poteſtatis. ſimile tamen obtinet in dignitate Patriciatus: qua Imp. Juſtinianus voluit, patriam poteſtatem ſolvi illico ab Imperialibus codicillis præſtitis §. 4. *Inſt. Quib. mod. jus patr. ſolv.* & *l.* 3. *C. de Conſulibus lib.* 12. *tit.* 3. idemque in *Novella* 81. *c.* 1 ſtatuit in omni dignitate quæ filium liberat a curia; & definitur *l. ult. C. de decurionib. lib.* 10. *tit.* 31. In capite autem 3. d. Novellæ, vult etiam Epiſcopos ſtatim ab ordinatione ſui juris fieri.

TITULUS VIII.

De diviſione rerum & qualitate.

HActenus enarravit Imperator varias perſonarum diviſiones, & ſingularum jura. proximum eſt, uti ſubjiciat rerum diviſionem & qualitatem. ſed rerum ſumma diviſio Marciano *l.* 2. *h. t.* (unde deſcriptum a Juſtiniano eſt principium *Inſt. d. t.*) quadripartita venit. *Quædam*, inquit Marcianus, *naturali jure communia ſunt omnium*, *quædam univerſitatis*, *quædam nullius*, *pleraque ſingulorum.* Prima ſpecies eſt rerum quæ ſunt jure naturali communes omnium. eaſque in §. 1. *d. l.* 2. definit ab exemplis: ut ſæpe Veteres, Iſidoro teſte *lib.* 2. *Origin. c.* 29. *verſ. Undecim. p.* 882. Ea porro exempla ſunt, aër, aqua profluens, mare, littora, flumina, portus. Sic mihi videtur: ſimul *d. l.* 2. eſſe conjungendam cum *l.* 4. *h. t.* eſt enim utraque ex eodem Marciani *lib.* 3. *Inſtitutionum*, & cohæſit olim. Accedit quod Michaël Attaliates, Græcus Juriſconſultus, *tit.* 2. *Pragmaticorum*, omnes eas res ſimiliter vocat communes, atque eodem jure. Nec minus Prudentius *lib.* 2. *Adverſus Symmachum* verbis ſequentibus.

Nunc adſunt homini data munera legibus iiſdem,
Quies conceſſa ſemel, fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare ſinditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aer,
Et res naturæ fit publica, promptaque cunctis,
Dum ſervant elementa ſuum famulantia curſum.

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, aërem, & amnem, appellat rem publicam, & cunctis promptam. id vero quid aliud eſt, quam eſſe communes omnium hominum? Non me confundit, quod idem Marcianus *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* flumina non vocat communia, ſed publica: & Juſtinianus *d. pr. Inſt. h. t.* publica a communibus manifeſte diſtinxit. nam vel ex Prudentio conſtat, ne alios vocem ad partes, quos habeo plurimos, publica & communia idem ſonare apud Veteres: idque nec negant Juriſconſulti. Ex his Ulpianus *l.* 24. *D. de damno infecto* ait, fluminum uſum eſſe communem, ſicut littorum, & viarum publicarum. E diverſo Juſtinianus §. 5. *Inſt. h. t.* ait, littorum uſum eſſe publicum & juris gentium, ſicut ipſius maris. Eodem modo Ulpianus *l.* 13. §. *fin. D. de injur.* & Ariſto *l. pen. h. t.* publicam vocant maris cauſam: quamquam mare & littora ſunt communia. Sed ſive communia, ſive publica, ca dicamus, nihil addentes præterea, nihil dicimus: quia non eſt plena locutio, & fit demum integra: ſi dicamus, quorum & quo jure quæque communia aut publica eſſe velimus. Veteres enim duplicem fecere civitatem: unam majorem totius mundi, id eſt, Dei & omnium hominum: alteram minorem, Romanam, verbi gratia, aut Athenienſem, aut ſimilem. inde quoque duplices fecerunt res publicas, vel communes; alias jure naturali & gentium, alias jure civili, utrique civitati convenienter. ita, cum flumen, cum littus, cum mare, aut eorum uſum, dicimus publicum, omnium hominum jure gentium publicum intelligimus. ea enim plena locutio eſt. ac ſic Gajus *l.* 7. §. 5. *D. de adq. rer. dom.* & Papinianus *l.* 45. *D. de uſurp. & uſucap.* etiam Juſtinianus §. 4. & 5. *Inſt. h. t.* Hoc porro cum dicimus; quid volumus, niſi communia jure naturali eſſe omnium: id eſt, eſſe publica, non ita, uti ea quæ ſunt in patrimonio Populi; ſed ut ea quæ primum ſunt a natura prodita, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. ita prorſus de littoribus Neratius *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Sed apparet, res communes & publicas jure naturali aut gentium eſſe eaſdem; & a Marciano non male fieri quadruplicem omnium rerum diviſionem: etſi Juſtinianus *pr. Inſt. h. t.* ſeparatis rebus communi-

bus & publicis, facit quintuplicem omnium rerum diviſionem: ſic ſcribens; *Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum.* Sed jam dudum ſuſpicatus ſum, laborare locum illum: quia eſt manifeſte deſcriptus ex Marciano; cum eoque ſi bene habebit, convenire debet. nec me fallo; conjiciens, hæc verba, *quædam publica*, pro ſpuriis eſſe expungenda. niſi quis malit, ſcribi, quaſi ex interpretatione alicujus, *Quædam naturali jure communia ſunt omnium*, quæ eadem publica, *quædam univerſitatis.* Marciani ſane in *d. l.* 2 non ſunt. ſic conjeci *lib.* 1. *Probabilium c.* 7 *&* 8: mirumque eſt, ni ea conjectura adjuvetur conjunctione Fragmentorum Marciani quæ Tribonianus ex ejus libro tertio Inſtitutionum ſparſit per *l.* 2. 4. 6. *b. t.* Sed in primis id clareſcet, ſi videamus, qualia Veteres jure gentium cum communia, tum publica appellent: ſic enim cum nomine etiam res conſentiet. docuit igitur me Cicero *lib.* 1. *De officiis*, a Veteribus communia dici omnia quorum innoxia ſit utilitas: id eſt, quorum uſus, cum prodeſt uni, non nocet alteri. quo in numero poſuit Marcianus *l.* 2. §. 1. *l.* 4. *l.* 6. *b. t.* (nam omnia illa Fragmenta, ut ſunt ex eodem libro tertio Inſtitutionum, conjungenda ſunt) aërem, aquam profluentem, mare, littora maris, flumina, portus. iiſque ripas addit Gajus *l.* 5. *b. t.* Prima ſpecies Marciano venit aër. is vero ita communis eſt omnium, ut etiam quæ in eo agunt ſint communia. hac ratione ne aucupari quidem quis prohiberi poteſt; &, ſi prohibeatur, competit ei injuriarum actio. quamquam poteſt quis prohiberi, ne alienum agrum ingrediatur *l.* 13. §. *ult. D. de injuriis*: quia ager eſt privati dominii: ut avis quæ in eo ſit, nullius ſit.

Altera ſpecies rerum jure naturali communium Marciano eſt aqua profluens. Theophilus vertit aquam ſemper fluentem. Prudentius tamen *d. loco* etiam imbris meminit.

Tertia ſpecies rerum communium Marciano eſt mare. in eoque permittitur unicuique inter alia jus piſcandi; & ſi prohibeatur piſcari, ei competit actio injuriarum, perinde ut ſi quis in publico lavare, aut in cavea publica, (id eſt, in theatro, interprete Lipſio *De Amphitheatro c.* 2) vel in quo alio publico loco ſedere, agere, converſari, non patiatur, aut ſi quis me re mea uti non permittat *d. l.* 13. §. *ult. D. de injur. l.* 2. §. 9. *D. Ne quid in public. loc.* Eſt & ille ejus juris effectus: ut pilæ moleſque in mare jactæ, ſint ejus qui jecerit. ita Celſus *l.* 3. §. 1. *D. eod. tit.* negat tamen, id concedendum eſſe: ſi eo modo deterior ſit futurus littoris mariſve uſus. ſcilicet, quia uſus maris, ſi non ſit innoxius, non eſt communis. Proinde etſi exſtruentis ſit in mari exſtructum; ut tamen exſtruere liceat, ait Pomponius *l.* 50. *D. de adq. rer. dom.* opus eſſe decreto Prætoris: (vel potius Principis: ut legunt quidam) quin etiam manu prohibendum qui id faciat cum cæterorum incommodo. utique civilem actionem de faciendo nullam habere. imo Ulpianus probat, adverſus eum qui molem in mare jacit, ei cui forte nocitura ſit hæc res, competere utile interdictum, Ne quid fiat in loco publico. quamquam, ſi nemo damnum ſentit; tuendum eſſe qui in littore ædificat, vel molem in mare jacit *l.* 3. §. 8. *D. Ne quid in public. loc. l.* 1. §. 18. *D. de Nov. oper. nunc.*

Exemplo maris communia omnium jure naturali Marciano ſunt littora maris. utique quatenus innoxius eſt eorum uſus. Sic Virgilius.

— Littuſque rogamus
Innocuum, & cunctis auramque undamque patentem.

Hac igitur ratione ait Marcianus *l.* 4. *b. t.* quod nemo ad littus maris accedere prohibetur piſcandi cauſa: dum tamen (ſic addit) villis, & ædificiis, & monumentis abſtineatur: & cauſatur, quia non ſunt juris gentium; id eſt, quia ſunt privata. & recte: cum enim littus omnium commune ſit jure gentium; conſequens eſt, ædificatione, velut occupatione, fieri ædificantis *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Atque ita eſt: licet unicuique ad littus accedere piſcandi cauſa: licet etiam cuique in littore caſam ponere, qua ſe recipiat *l.* 5. §. 1. *b. t.* addam, ædificare perinde ut in mari; & littus ſuum facere ædificatione. utique, niſi deterior futurus ſit littoris mariſve uſus *d. l.* 3. §. 1. *D. Ne quid in public. loc.* Scævola *l.* 4. *D. eod. tit.* ait, niſi uſus publicus impediret. adeo, ut liceat in littore ædificare, tam eſt in eo, quam in mari, adhibendum Principis decretum: ſic enim legendum in *d. l.* 50. *D. de adq. rer. dom.* non Prætoris decretum; ut paulo ante monui. Id vero ſi eſt; intelligimus, Celſum *l.* 3. *D. Ne quid in publico loco*, cum ait, littora in quæ Populus Romanus imperium habet, Populi Romani eſſe, tantum reſpicere ad tutelam publici atque innoxii uſus; (quæ tutela eſt imperii Populi Romani) non etiam ad ejus velut patrimonium *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Cæterum etſi quis ædificatione ſuum facit littus: eſt tamen hæc littoris ratio; ut, ſi dirutum rurſus aut derelictum ſit ædificium, juri priſtino reſtitutum intelligatur; & ideo rurſus occupantis fiat *l.* 45. *D. de uſurp. & uſucap.* Hæc de littoribus.

Sequuntur flumina *l.* 4. §. 1. *b. t.* nam, ut dixi, conjungenda uno ſpiritu ea lex eſt cum *d. l.* 2. ait vero Marcianus, *Sed flumina* (in quibuſdam libris eſt, *ſed & flumina*) *pene omnia & portus publica ſunt.* Senſus Marciani, quod ſicut maria & littora, ita flumina & portus, ſunt publica ſive communia jure gentium. non tamen hoc de omnibus fluminibus ſentit Marcianus, ſed pene omnibus. Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de fluminibus* perennia diſtin-

diſtinguit a cæteris: teſtatus, illa publica eſſe, iſta non eſſe, Caſſium probabiliter definiiſſe. igitur flumina non minus, quam maria & littora, patere omnibus, docet Juſtinianus §. 2. *Inſt. h. t.* & non jure civili publica, ſed jure gentium publica appellari, claret ex §. 4. ſequente, & cæteris quæ in anteceſſum jam tradidi. Eſt igitur in fluminibus idem juris effectus qui eſt in mari & in littoribus. nam & in fluminibus eſt cuilibet jus ædificandi: &, ſi credimus Marciano *l. 6. h. t.* (quæ conjungenda cum *d. l.* 2. §. 1, ſicut eſt ex eodem libro) ſoli, id eſt, alvei, domini conſtituuntur qui ibi ædificant: dum tamen (ut Ulpianus temperat *l. 24. D. de damno infecto*) in his publice ædificetur, & ſine incommodo cujuſquam fiat. Primum ait, ædificandum eſſe publice: id eſt, publica, vel Principis, auctoritate: ut in *l.* 8. §. 3. *& l. 9. pr. &* §. 1. *h. t. junct. l. ult. D. Ut in poſſeſſ. legat. & l.* 2. §. *ult. D. de judic.* Deinde non aliter ædificandum, quam ſi fiat ſine cujuſquam damno: cauſa ea, quod ubi non eſt innoxius, non eſt communis, fluminis aut maris uſus. Sic Veteres. Niſi aliter Scævola *l. ult. D. de fluminibus.* Verum corruptus eſt locus, & reſtituendus eo remedio quod præſcripſi *lib. 4. Probabilium c. 1.* Quod dixi de jure ædificandi, etiam de piſcatione dici poteſt. nam jus piſcandi omnibus commune eſſe in portu fluminibuſque, palam Juſtinianus ſcribit §. 2. *Inſt. h. t.* idque in tantum placet Marciano: ut in *l. 7. D. de diverſ. temp. præſcript.* (quæ eſt ex ejus libro tertio Inſtitutionum) ita ſcribat, *Si quiſquam in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem uti jure prohibet.* In quibuſdam libris eſt, *prohibere.* ſed Florentiæ rectius legitur, *prohibet.* ſenſus: Is qui ſolus pluribus annis piſcatus ſit in diverticulo fluminis publici, poteſt, quamdiu piſcatur, alium prohibere, ne ibi piſcetur. & eſt ratio: quia is locus quamdiu poſſidetur, tamdiu poſſidentis eſt jure occupationis. Quid, ſi deſierit ibi piſcari? jam alium prohibere non poteſt. Sic cenſeo, etſi ſilet Marcianus. ſed me movet: quod ipſe *l. 6. h. t.* (quæ eſt ex eodem libro tertio Inſtitutionum) ait, locum derelictum, quaſi jure poſtliminii, reverti in priſtinam cauſam. Putemus igitur, in *d. l.* 7 a Marciano reſpici ad exceptionem poſſidentis; eamque legem eſſe idcirco poſitam ſub Titulo, De præſcriptionibus, quod nulli datur præſcriptio, id eſt, exceptio, niſi poſſidenti. atque hoc eo verius; quia Papinianus *l. 45. D. de uſurpat. & uſucap.* ſic ſcribit. *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non ſolet. quod ita procedit: ſi quis ædificio funditus diruto, quod in littore poſuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius poſtea eodem loco extructo occupantis datam exceptionem opponat: vel ſi quis quod in fluminis publici deverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem jure prohibeat.* Aut me fallit animus meus, aut Rubrica, De uſurpationibus & uſucapionibus, ſub qua poſita illa lex eſt, indicio eſt, a Papiniano tractari; an in littore, aut in fluminis diverticulo, loci occupati proprietas, omiſſa loci poſſeſſione, longi temporis præſcriptione retineatur. Mitto Rubricam: ipſe ſic Papinianus: *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non ſolet.* Quæſtio igitur Papiniano eſt de præſcriptione longi temporis in locis jure gentium publicis: id eſt, de obtinenda in his per eam proprietate, omiſſa poſſeſſione. fac: aliquis ædificium, a ſe in littore poſitum, poſſedit per longum tempus. deinde id diruit. mox alius occupavit eumdem locum, poſito ibi alio ædificio. hujus poſſeſſionem ædificator prioris ædificii aliquo recepit caſu. quæritur; an adverſus novi ædificii ædificatorem, rei vindicatione agentem, poſſit ſe tueri exceptione longæ poſſeſſionis? Negat Papinianus: arbitratus, ſi ſequens ædificator vindicet locum a ſe ædificatum: (ut ei jus eſt: quia is locus ædificatione factus eſt ejus proprius *d. l. 6. h. t. & l. 14. D. de adq. rer. dom.*) non poſſe priorem, poſt dirutum ſuum ædificium, quamquam ſequentis ædificii poſſeſſionem receperit, ſe adverſus vindicationem tueri exceptione, ſeu præſcriptione longæ poſſeſſionis: quia illa in locis jure gentium publicis, qualis locus eſt littus, non obtinet. Marcianus *d. l. 6* ſic exprimit: *ædificio dilapſo, quaſi jure poſtliminii, revertitur locus in priſtinam cauſam; & ſi alius in eodem loco ædificaverit, ejus fiet.* Simili ratione cenſet Papinianus, ſi quis, quod in fluminis publici deverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit; eum propterea, poſtquam deſiit ibi piſcari; non poſſe alterum prohibere, eodem jure uti: quia nec in flumine quod eſt publicum jure gentium, locum habet præſcriptio longæ poſſeſſionis. Erit hæc mea interpretatio aliquanto evidentior; ſi Papiniani verba, hactenus obſcura, propter adventitia verba, ita, ut oportet, reſtituero. *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non ſolet. quod ita procedit: ſi quis ædificio funditus diruto, quod in littore poſuerat,* * *alterius poſtea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat: vel ſi quis, quod in fluminis publici deverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem jure prohibeat.* Sic corrigo ac lego. Florentiæ, extat, *occupantis.* ſed ſcripſi, *occupanti:* ut eſt in aliis libris, & ſenſus poſtulat. præterea legitur conſtanter, *Si quis ædificio funditus diruto, quod in littore poſuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius poſtea.* Sed auſus ſum, quæ eſt mea confidentia, importuna Papiniano verba, *aut dereliquerat ædificium,* in marginem remittere pro interpretatione. nam in textu retineri nequeunt: quia non tractatur a Papiniano caſus, in quo a priore ædificatore pro derelicto habitum ſit integrum ejus ædificium, idemque ab

* Aut dereliquerat ædificium.

alio occupatum: ſed ubi priore ædificio funditus diruto ab ædificatore, deinde locus ille ab alio eſt occupatus, poſito novo ædificio. A Papiniano tantum unum hunc tractari caſum, & non alterum quoque quem præferunt expuncta a me verba, nimis liquet ex ſequentibus Papiniani verbis: *Alterius poſtea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat.* Non igitur retinenda in textu ſunt quæ delevi verba: ſed ad oram libri releganda pro gloſſemate: quo ſignificabatur ab Interprete, Papinianum indigitare, ſi derelictum a priore ſit ædificium quod in littore poſuerat, non ei prodeſſe præſcriptionem longæ poſſeſſionis adverſus ſequentem ædificatorem.

Satis de fluminibus: reſtant ripæ. has Paulus *l.* 3. *D. de fluminibus* ait *publicas* eſſe. plenius Gajus *l.* 5. *h. t.* dicit, *riparum uſum publicum eſſe jure gentium, ſicut ipſius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia ſiccare, & ex mare reducere, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſſe, ſicuti per ipſum flumen navigare.* Sic Gajus & bene: quia omnia ſunt innoxii uſus; & ideo publica jure gentium. Unum addam, etſi levius ſit: quod ait, *ex mare:* ut Veteres ſæpe, auctore Ruſſardo, *Not. ad h. l.* & Giſanio, *Indice ad Lucretium.* In quibuſdam tamen libris eſſe, *& ex mari deducere onus aliquod, & in his reponere,* idem obſervat Ruſſardus; illamque lectionem Florentina eſſe integriorem. Ego inſuper notabo; quod Gajus injicit mentionem *maris*; cum diſputet de ripis fluminum: puto, per incogitantiam, Veteribus non infrequentem. exempla jam olim obſervavi *lib.* 1. *Probabilium. c.* 9. Hactenus de uſu riparum. quod ad proprietatem attinet: ait Gajus, ex eoque Juſtinianus §. *Inſt. h. t.* hanc eſſe illorum quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in his natas, eorumdem eſſe; & eum qui in illis ædificat: non ſuum facere *l.* 15. *D. de adq. rer. dom.*

Tradidi res omnium hominum communes ſeu publicas jure naturali & gentium ex mente Veterum Juriſconſultorum: quæ ſola quærenda fuit, eorum Fragmenta exponentibus. paſſim alio aberrarunt Interpretes: quia eos decepit uſus proximorum ſeculorum: qui multo recentior eſt; & Marciano, cæteriſque Veteribus Juriſconſultis, plane incognitus. debetur enim juri Feudali: ubi flumina, portus, ripatica, Regaliis annumerantur ab Imp. Frederico *Tit. Quæ ſint Regaliæ, qui eſt* 56. *lib.* 2. *Feudorum.* Quod jure civili non ita fuiſſe, ex ſuperioribus intelligitur.

Succedunt res civili jure publicæ, ſeu jure civili communes, ideoque non omnium hominum communes, ſed dumtaxat eorum qui ejuſdem univerſitatis ſunt. & hæ idcirco Marciano *l.* 2. & Gajo *l.* 1. *h. t.* dicuntur eſſe Univerſitatis. Eſt autem, ut hoc addam, univerſitas: ubi plures homines ſub certis legibus coëunt in unum corpus. lateque hic patet hoc nomen. nam & collegia & civitates complectitur. ſunt igitur res univerſitatis aut proprie publicæ jure civili, aut abuſive. proprie Populi Romani res: abuſive cæterarum civitatum *l.* 15. & 16. *D. de verb. ſign.* Utræque rurſus ſunt aut in uſu privatorum, aut in pecunia, ſeu patrimonio univerſitatis *l.* 17. *D. d. t. l.* 6. *D. de contr. empt.* In uſu ſingulorum ſunt theatra, ſtadia, & ſimilia. De his ita Ulpianus *l.* 2. §. 2. *D. Ne quid in loc. public. Loca publica utique privatorum uſibus deſerviunt, jure ſcilicet civitatis, non quaſi propria cujuſque: & tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum.* Seneca id jus ſic deſcribit, *lib.* 7. *De benefic. c.* 12. *Pluribus modis communia ſunt. equeſtria omnium equitum Romanorum ſunt. in illis tamen locus meus fit proprius quem occupavi. hoc ſi cui ceſſi, quamvis illi communi re ceſſerim, tamen aliquid dediſſe videor. quædam quorumdam ſub certa conditione ſunt. habeo in equeſtribus locum, non ut vendam, non ut locem, non ut habitem: in hoc tantum, ut ſpectem. propterea non mentiar, ſi dicam me habere in equeſtribus locum: ſed cum in theatrum veni, ſi plena ſunt equeſtria, & jure habeo locum illic, quia ſedere eſt mihi liberum: & non habeo, quia ab his cum quibus jus mihi loci commune eſt, occupatus eſt.* In pecunia ſeu patrimonio Populi quæ ſunt, ea ait Marcianus *d. l.* 6. §. 1. *h. t.* eſſe univerſitatis, non ſingulorum. Gajus *l.* 1. *h. t.* ſic exprimit: Res publicæ nullius in bonis eſſe creduntur: ipſius enim univerſitatis eſſe creduntur. Ideoque, ut Marcianus *d.* §. 1. ait, nec ſervus communis civitatis ſingulorum pro parte intelligitur, ſed univerſitatis. & ideo tam contra civem, quam pro eo poſſe ſervum civitatis torqueri, Divi Fratres reſcripſerunt. ideo & libertus civitatis non habet neceſſe, veniam Edicti petere, ſi vocet in jus aliquem ex civibus. Æque elegans inter univerſitatem & ſingulos differentia eſt apud Paulum *l.* 20. *D. de reb. dubiis:* ubi vide. Similiter ait Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. Quod cujuſque univerſ.* Si quid univerſitati debetur, ſingulis non debetur; nec quod debet univerſitas, ſinguli debent. idque & Seneca vidit *lib.* 6. *De benefic. c.* 20. Hæc ſuffecerint præſenti loco. plura infra *lib.* 3. *ſub. Tit. Quod cujuſque univerſ.*

Ex ordine ſequuntur res nullius, Marciano in *l.* 2. *h. t.* tertiam facientes rerum ſpeciem. & pro exemplis illi ſunt in *l.* 6. §. 2. res ſacræ, religioſæ, & ſanctæ. quamquam etiam aliæ poſſint nullius dici; ut natura feræ beſtiæ; caſu jacens hereditas; tempore theſaurus; domini voluntate res pro derelictis habitæ. Sed res ſacræ, ſanctæ, & religioſæ, ſingulari ratione nullius appellantur: quia legibus exemptæ humano commercio, non modo non ſunt alicujus; ſed nec poſſunt alicujus fieri. Gajus *l.* 1. *h. t.* ait, res ſacras & religioſas eſſe divini juris; ſanctas autem, veluti muros & portas quo-

quodammodo divini juris eſſe, omneſque hac ratione nullius in bonis haberi: at non alio ſenſu, quam quod Populus eas in uſum divinum ſeparavit, prohibito profano uſu. ita quæ res ſacræ fiunt, non deſinunt eſſe humani juris. contra manent Populi, ſicut ante fuerunt ejus. tantum ſacras vocat ab uſu ſacro cui eas deſtinavit: donec ei placeat, alia poſtulante occaſione, eas ad uſum alium jam neceſſarium adhibere. ſed hoc pulchre obſervatum a Summo Viro, Hugone Grotio *lib.* 3. *De jur. bel. & pac. c.* 5, non exequar pluribus, ne prolixus ſim. potius explicabo ſpecies a Marciano allatas *d. l.* 6. §. 3. Primas dat rebus ſacris: dicens, tales eſſe quæ ſunt publice conſecratæ, non private. quomodo eas etiam definit Ulpianus *l.* 9. *h. t.* (opinor) in interpretatione Edicti, in *l.* 1. *D. Ne quid in loco ſacro* concepti in hæc verba: *In loco ſacro facere, inve eo immittere, quid veto.* eſt enim uterque locus ex eodem *lib.* 68 Ulpiani ad Edictum. Ait igitur *d. l.* 9. Ulpianus, in eo Edicto ſacra loca eſſe ea quæ publice ſunt dedicata, ſive in civitate, ſive in agro. Publice autem eſt, publica auctoritate: ut olim juſſu Populi ex Lege Papiria, teſte Cicerone *Pro domo*, hodie permiſſu Principis *l. ult. D. Ut in poſſ. leg. d. l.* 9. §. 1. Juſtinianus §. 8. *Inſt. h. t.* Sacræ, inquit, res ſunt quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt. Rite autem, apud Feſtum in *Sacer mons*, eſt, quocumque modo atque inſtituto civitatis. Oportet igitur rem, ut ſacra fiat, (id eſt, Divini juris: nam, apud Macrobium *lib.* 3. *Saturn. c.* 3, *Sacrum eſt*, ut Trebatius refert, *Quidquid eſt, quod Deorum habetur*) eſſe rite & publice dedicatam. quod vero privatim dedicatur propria auctoritate, manere profanum, id eſt, privati juris, Juſtinianus ait *d.* §. 8. Optime Ælius Gallus, apud Feſtum *d. loc.* ait, *ſacrum eſſe quocumque modo atque inſtituto civitatis conſecratum ſit, ſive ædis, ſive ara, ſive ſignum, ſive locus, ſive pecunia, ſive quid aliud quod Diis dedicatum atque conſecratum ſit. quod autem privati ſuæ religionis cauſa aliquid earum rerum dedicent: id Pontifices Romanos non exiſtimare ſacrum. at ſi qua ſacra privata ſuſcepta ſunt quæ ex inſtituto Pontificum ſtato die aut certo loco facienda ſint: ea ſacra appellari, tanquam ſacrificium. ille locus, ubi ea ſacra privata facienda ſunt, vix videtur ſacer eſſe.* Sed, ut eo redeam, quia ait Prætor in ſuperiore Edicto *d. l.* 1. *In loco ſacro facere, inve eum immittere quid veto:* obſervat *d: l.* 1. §. 1. Ulpianus, *Hoc interdictum de ſacro loco, non de ſacrario competere.* indeque *l.* 9. §. 2. *h. t.* quæ conjungenda eſt cum *d. l.* 1. §. 1, ut ex Inſcriptione jam oſtendi, *aliud eſt*, inquit, *ſacer locus, aliud ſacrarium. ſacer locus eſt, locus conſecratus. ſacrarium eſt locus in quo ſacra reponuntur: quod etiam in ædificio privato eſſe poteſt: & ſolent qui liberare eum locum religione volunt, ſacra inde evocare.* Sic ille. Quid vero indigitet, docet V. Cl. Jacobus Rævardus *lib.* 2. *Conjectan. c.* 17. alia ſententia V. Cl. Petri Fabri *lib.* 2. *Semeſtr. c.* 4. & poteſt uterque conſuli, ſi cui tanti res ſit. Interea quaram effectum loci conſecrati. Eſt autem unus: quod Prætor vetat, quid in eo fieri, inve eum immitti *d. l.* 1. & ſi factum ſit, jubet reſtitui, propter religionem *l.* 2. §. 19. *D. Ne quid in loc. public.* ait tamen Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. quod Prætor vetat, Ne quid in loco ſacro fiat, non ad hoc pertinere, quod ornamenti cauſa fit, ſed quod deformitatis vel incommodi. Eſt & alter effectus conſecrationis: ut res ſacra habeatur extra commercium, eoque non recipiat æſtimationem *d. l.* 9. §. *ult.* nec alienationem: in tantum, ut æde ſacra facta, etiam diruto ædificio, quia locus ſacer manet *l.* 6. §. 3. *h. t.* ideo venire non poſſit *l.* 73. *D. de contrah. empt.* utique principaliter, nam per acceſſionem rei majoris res ſacra alienari poteſt: ut veniet dicendi locus *lib.* 18. *tit.* 1. Imo Juſtinianus eam principaliter alienari ſinit propter redemptionem captivorum *d.* §. 8. nec minus ob inſignem famem, & grande æs alienum eccleſiæ quod aliunde nequeat diſſolvi *l.* 2t. *& auth. ſeq. C. de ſacroſanct. eccleſ.* Cæterum, etſi alienationem effugiat res ſacra, obſtante religione; ſi in hoſtium poteſtatem veniat, quia hoſtium ſit jure belli, ſacra eſſe deſinit. ut tamen liberata rurſus hoſtili vi, quaſi jure poſtlimini priſtino ſtatui reſtituatur *l.* 36. *D. de religioſ.*

Altera ſpecies rerum nullius Marciano *l.* 6. §. 2. *h. t.* eſt res religioſa. ejuſque rei definitionem mox ipſe ſubjicit §. 4. ibi ſequente. quam exponam lib. xt. tit: vt t qui eſt *De religioſis.* hic tantum obſervabo, intereſſe inter locum ſacrum & religioſum, etſi uterque ſit divini juris. nam ſacer locus dicitur dicatus Diis ſuperis: religioſus Diis manibus, id eſt, inferis: ac ſuperis tantum publice: inferis etiam private. nam mortuo illato in locum, ſtatim mutatur jus loci, & ex privato fit religioſus: modo in ſuum quiſque locum inferat mortuum, vel in alienum domini voluntate. eſt igitur locus religioſus non utique ſacer: (non enim a Pontificibus rite Diis conſecratur ſepulchrum, magis fit privata mortui illatione) & tamen æque ac ſacer divini juris habetur religionis cauſa *l.* 1. *h. t. & l.* 1. *D. de interdict.* dictuſque religioſus, quoniam ſit aliquid quod ibi homini facere non liceat. quod ſi faciat, adverſus Deorum voluntatem feciſſe videtur; ut apud Feſtum in *Religioſum* dixit Ælius Gallus: addens, ſepulchra ab hac ratione etiam ſacra & ſancta appellari. Eodemque modo & ſenſu Ciceroni *lib.* 4. *De republ.* apud Nonium *in Sanctitudo p.* 582 legitur, *Sic Pontificio jure ſanctitudo ſepulturæ.* Et apud Gruterum *Corp. Inſcript. p.* 867. *Inſcr.* 5. *Conſecrata ſepulchra religionis eorum cauſa.*

Tertia ſpecies rerum nullius Marciano *d. l.* 6. §. 2. venit res ſancta. dicitur autem ei *l.* 8. *h. t.* ſanctum *quod ab injuria hominum defenſum atque*

munitum eſt. Ulpianus *l. 9. §. 2. d. t. ſic definit: Proprie dicimus ſancta, quæ neque ſacra, neque profana ſunt, ſed ſanctione quadam confirmata: ut leges ſanctæ ſunt. ſanctione enim quadam ſunt ſubnixæ. quod enim ſanctione quadam ſubnixum eſt, id ſanctum eſt, etſi Deo non ſit conſecratum: & interdum in ſanctionibus adjicitur, ut qui ibi aliquid commiſit, capite puniatur.* Sic Ulpianus, & obſcurius: niſi referatur ad Edictum quod eſt in *l. 1. D. Ne quid in loco ſacro.* nam ad ejus interpretationem ſpectare totam *l. 9. h. t.* paulo ante indicavi. in eo igitur Edicto cum vetaret Prætor, aliquid fieri in loco ſacro, inve eum immitti, quo ei damnum fiat: primum dixit Ulpianus, locum ſacrum eſſe, Deo conſecratum, eoque a profano diſtinctum. Difficultatem habebat, an ſub loco ſacro etiam ſanctus contineatur, murus, verbi gratia, aut porta civitatis. movebat hinc: quod ſancta proprie neque ſacra, neque profana ſunt: nam & exempta ſunt commercio; & tamen non ſunt Deo conſecrata. contra movebat: quod ſancta ſunt ſanctione quadam confirmata; & quod ſanctione quadam ſubnixum eſt, id ſanctum eſt, etſi Deo non ſit conſecratum. Hoc vero placuit Ulpiano: quia ut locus ſanctus, qualis, ut dixi; murus & porta, proprie non ſit divini juris, id eſt, ſacer: quia non eſt Deo conſecratus: tamen quodammodo divini juris, id eſt, inſtar ſacri, jure civili habetur, auctore Gajo *l. 1. h. t.* & Juſtiniano §. 10. *Inſt. d. t.* & inde confundi aliquando ea verba, etiam Ælius Gallus confitetur, apud Feſtum in *Religioſus*. hac igitur ratione voluit Ulpianus, ſub loco ſacro in Edicto etiam ſanctum comprehendi: arbitratus, convenire Prætoris menti; ne minus ſancta, quam ſacra loca violentur: cum præſertim ſancta vocentur quæ ſanctione quadam ſunt confirmata. additque Ulpianus, hoc placere uſque adeo, ut in ſanctionibus interdum adjiciatur: ut qui ibi aliquid commiſit, capite puniatur. Tale evenit in muris & portis civitatis, quos Juſtinianus *d.* §. 10. ideo ſanctos dici refert: quia pœna capitis conſtituta eſt in eos qui aliquid in muros deliquerunt. Exemplum adfert Pomponius *l. ult. h. t.* his verbis: *Si quis violaverit muros, capite punitur: ſicuti ſi quis tranſcendet ſcalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet.* Omnes libri habent, *egredi*. ſed apud Græcos *Baſilic. lib. 46. tit. 1. tom. 6. pag.* 164. eſt, *ingredi*, forte melius: quamquam apud Scholiaſtem eſt, *egredi*. Verum in *l. 3. §. 17. D. de re militari* ſimiliter eſt, *ingredi*. facitque etiam huc, quod Pomponius *d. l. ult.* cauſatur, *eſſe illud hoſtile atque abominandum*. Hoc tamen in medio relinquo. Illud miror, a tot ſeculis adhuc credi a Doctiſſimis Viris, hanc definitionem ſpectare tantum ad muros Urbis Romæ: non etiam ad muros municipiorum. primum enim nil diſtinguit Juſtinianus *d.* §. 10. contra ſimpliciter loquitur de muris & portis. deinde legimus apud Feſtum in *Religioſus*, *Sanctum murum qui ſit circa oppidum*. Etiam ait Marcianus *l. 8. §. 2. h. t.* Caſſium referre, *In municipiis quoque muros eſſe ſanctos, Sabinum recte reſpondiſſe.* Sancti igitur appellatio ex Sabini ſententia tam accipi debet in municipalibus muris, quam in muris Urbis Romæ: quia, ut Marcianus ait, in municipiis *quoque* muros ſanctos eſſe, Sabinus reſpondit: id eſt, non tantum in Urbe, ſed etiam in municipiis. ac de his cogitaſſe Ulpianum *d. l. 8.* §. 3. ſatis apparet ex ſequente §. 4. Sit ita: at ſunt ſanctitatis gradus. Ego vero non animadverto cauſam; cur in propoſito muri Urbis Romæ a municipalibus muris ſanctitate diſterminentur. Non me fugit, Romam eſſe imperii ſedem, eoque eſſe majorem ejus, quam municipiorum dignitatem. at hac quæſtione non dignitati Urbis conſulitur; ſed ſecuritati imperii: nempe, ne adverſus eam quid hoſtile cogitetur tranſcenſione murorum vel Urbis, vel municipiorum. Eſt enim (ut Vitruvius ait *lib. 1. De architect. c. 3.*) *Defenſionis murorum turriumque & portarum ratio, ad hoſtium impetus perpetuo repellendos excogitata.* Et ad rem Cicero *lib. 3. De Nat. Deor. c. 40. Eſt mihi tecum pro aris & focis certamen, & pro Deorum templis atque delubris, proque urbis muris, quos vos Pontifices ſanctos eſſe dicitis, diligentiuſque urbem religione, quam ipſis mœnibus cingitis.* Hac igitur cauſa Pomponius *d. l. ult. Si quis*, inquit, *violaverit muros capite punitur: ſicuti ſi quis tranſcendet ſcalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet, cum illud hoſtile & abominandum ſit.* Eodem modo apud Modeſtinum *l. 3. §. 17. D. de re militari*, *Si quis vallum tranſcendat, aut per murum caſtra ingrediatur, capite punitur.* Non majoris momenti fuerit, ſi quis putet, Pomponium *d. l. ult.* nominatim loqui de Urbe Roma: eo quod loquitur de civibus Romanis. Nec tamen pro me adferam, omnes qui in Orbe Romano ſunt, cives Romanos eſſe. Id enim numquam ſomniavit Pomponius: illo jure, cum is vixit, nondum cognito, & diu poſt ejus mortem introducto a Caracalla: ut alibi monui. Verius dicam; quod vel ante eam Conſtitutionem, tam in municipiis, quam Romæ habitabant cives Romani. quin, ſi concedam, Pomponium *d. l. ult.* loqui de Urbe Roma: non ideo liceat alicui inde facere argumentum a contrario; quaſi proinde in municipiis inve aliis, quam civibus Romanis, aliud jus ſit: cum præſertim in doctrinis Juriſconſultorum talia argumenta plerumque falſa ſint: ſolitis Juriſconſultis ſuas definitiones ſæpe exemplo illuſtrare; nec ideo eas reſtringere.

At (revertar enim in viam) quemadmodum pœna capitalis eſt poſita muros tranſcendentibus: quod dixi viſum eſſe hoſtile: ita ſi in

mu-

muros admittatur aliud, quod non ſit hoſtile, etſi muris adferat damnum aut incommodum *l. 2. D. Ne quid in loco ſacro*; id quidem non eſt permiſſum: ſed non idcirco vindicatur capitali pœna. tantum agitur tum interdicto, ut factum reſtituatur *l. 2. §. 19. D. Ne quid in loco publico*: nec minus lege Julia de peculatu in quadruplum *l. 6. §. ult. l. pen. D. Ad leg. Jul. de peculatu*, aut ad deportationem *l. 3. D. eod. tit.* Atque huc forte reſpicit illud Ulpiani *l. 11. eod. tit. Qui perforaverit muros vel inde aliquid abſtulerit, peculatus actione tenetur.* Niſi malis hoc accipere de muris alicujus ſacræ ædis. Quidquid eſt: conjungenda *d. l. 11.* eſt cum *d. l. 9. §. 3*: quando utraque eſt ex eodem Ulpiani *lib. 68.* Ad Edictum: ſicut quoque *l. 1. D. Ne quid in loco ſacro*: & omnes pertinent ad interpretationem Edicti ibi propoſiti.

Poſtrema rerum ſpecies apud Marcianum *l. 2. b. t.* conſtat rebus ſingulorum. hæ vero ſunt privatæ, id eſt, in patrimonio, ſeu dominio, privato. eſtque dominium (quod addam obiter) jus pro arbitratu de re diſponendi, præterquam ſi quid vi aut jure prohibeatur. nec male Conſtantinus, ſuæ, inquit, quiſque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, ſed pleraque, ex proprio animo facit *l. 21. C. Mandati.* Nimirum utitur vel abutitur ſuis quiſque ita, ne ab alio impediri privato jure poſſit. contra poteſt a ſuo arcere alium æque privatum *§. 12. Inſt. h. t.* cæterum habet reſpublica jus eminens in perſonas & in bona ſingulorum pro tuenda omnium utilitate: quia in civilem ſocietatem coëuntes, communis libertatis tuendæ gratia, conſentire intelliguntur in omnia ſine quibus finis quem ſibi propoſuerunt omnes, obtineri a civitate nequit. Hoc jure adimitur pupillo, prodigo, furioſo, aliiſque, bonorum ſuorum adminiſtratio, ad ipſorum perniciem evaſura: cum ipſorum interſit, ne id fiat: nec minus expediat reipublicæ; ne re ſua quis male utatur *§. ult. Inſt. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Privatum dominium (nam in eo ſingulorum res ſunt) olim fuit vel Quiritarium vel bonitarium: ut ex Ulpiani *Fragmentis tit. 1 & tit. 19* intelligitur: ſed ea differentia a Juſtiniano ſublata *l. unic. C. de nud. jur. Quirit. tollendo*, hodie eſt dominium ſimplex. ſed quod poteſt haberi vel plene; cum nulla abeſt pars: vel minus plene; cum aliqua abeſt, ut uſusfructus aut jus ſimile. poſteriore modo dicitur dominium eſſe duplex: aliud directum, aliud utile. dominium directum vindicatur directa in rem actione: utile vindicatur actione in rem utili. in hoc agnoſcit quis alium dominum, in illo non. exemplum utriuſque in emphyteuſi, & ſuperficie. nec reſiſtam volenti his nominibus docendi cauſa uti. non enim poteſt negari, quin res in jure ſit: etſi nomina directi & utilis dominii nuſquam extent apud Veteres. dixerunt illi directam in rem actionem, & utilem in rem actionem. utile & directum dominium dixerunt numquam. quin quod vulgo vocatur dominium directum, illi ſimpliciter appellarunt dominium; & quod dicitur utile, illi jus in re, vel jus dominio proximum, id eſt, dominio ſimile, nominarunt *l. 19. D. de damno infecto.* Sit igitur, volentibus loqui cum Veteribus, vel dominium vel jus in re. Interpretes his non contenti, præterea faciunt jus ad rem, diverſum a jure in re: arbitrati, jus ad rem eſſe obligationem. meo judicio, imperite. nam obligatio contracta ex empto, verbi gratia, inter emptorem & venditorem, non eſt jus ad rem venditam, ſed jus ad perſonam venditoris. & habeo argumentum clarum ac certum: quod non res de qua contracta eſt empti obligatio, ea tenetur: ſed perſona venditoris, re libera. ita poteſt illa tradi tertio nova ex cauſa. nec tamen poterit hic a priore emptore eo nomine conveniri: tantum nata illi ex empto actione adverſus perſonam venditoris *§. 1. Inſt. de action. l. 3. D. de oblig. & act.* nulla adverſus rei poſſeſſorem actione in rem. at hoc ultro apparet; nec addo plura.

Potius inveſtigabo, quibus modis dominium adquiratur. Fit hoc dupliciter, vel jure gentium, vel jure civili. Primum jure gentium; ut occupatione, acceſſione, ſpecificatione, commixtione, confuſione, & traditione. Hi enumerantur paſſim: nec reprehendo; quamquam malim, omnes redigere ad unum, id eſt, ad occupationem; & cæteros habere pro ejus exemplis: ut ſuo loco demonſtrabitur. Modi adquirendi dominii jure civili ſimiliter ſunt duplices: alii univerſales, alii particulares: univerſales ſunt, aditio hereditatis, agnitio poſſeſſionis bonorum, arrogatio, & addictio bonorum libertatum conſervandarum gratia. Particulares modi ſunt, uſucapio, donatio, non omnis, ſed mortis cauſa, item legatum & fideicommiſſum particulare *§. ult. Inſt. Per quas perſon. cuiq. adq.*

Præter rerum diviſionem quæ eſt Marciani *l. 2. b. t.* eſt in *l. 1. §. 1.* ex Gajo ſequens: quod quædam res ſunt corporales, quædam incorporales. corporales tangi poſſunt. incorporales non poſſunt. corporales ſunt vel immobiles, vel mobiles, vel ſeſe moventes. immobiles ſunt res ſoli, vel ſolo cohærentes: ideo ſic dictæ; quia niſi ſolutæ, non poſſunt de loco in locum moveri: cum mobiles de loco in locum integræ moveri poſſint. igitur etiam ſe moventes his non male annumerantur *l. 93. D. de verb. ſignif.* quia ſe ipſæ de loco movent in locum. quod ſi res natura mobiles, ita junctæ ſint immobilibus, ut habeantur ejus partes; vel in his ſint perpetui uſus cauſa: & ipſæ immobilibus annumerantur *l. 242. D. d. t. l. 13. §. ult. & legib. ſeqq. D. de act. empt.* Res corporales rurſus ſunt vel corpora in ſpecie, vel quantitates. corpora vocantur quæ in commercio æſtimantur ſuo corpore; eo-

que

Digitized by Google

que demum functionem tecipiunt. quare nec alterum pro altero ſolvi poteſt invito creditori: ne melius quidem pro deteriore; ſiquidem in ea cadit affectus plerumque melioris: aliquando deterioris. quantitates appellantur quæ pondere, numero, aut menſura continentur *l.* 30. *D. de legatis lib.* 1: id eſt, habent quidem corpus: ſed in commercio non tam eo, quam quantitate, id eſt, pondere, numero, aut menſura, æſtimantur. illæ quoque quia non habent uſum, niſi conſumptione, functionem ſuam potius in genere, quam in ſpecie, per ſolntionem accipiunt: quum præſertim in his nullus ſit affectus, & præterea nihil interſit creditoris, utrum hanc, an illam, accipiat: modo eamdem habeat quantitatem, & æque bonam *l.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* Res incorporales Ulpiano *l.* 7. *D. de except. rei judic.* appellantur jura. Gajus *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* ait, ea tangi non poſſe, & conſiſtere in jure: id eſt, in intellectu. & pro exemplis adfert hereditates, obligationes, & ſervitutes cum prædiorum urbanorum & ruſticorum, tum perſonarum; ut eſt uſusfructus, uſus, & habitatio. Expoſui Gaji diviſionem: quam Ulpianus *d. l.* 7. breviter exprimit: dicens, quod omnes res aut ſunt corpora, aut quantitates, aut jura.

TITULUS IX.

De Senatcribus.

Ex tribus juris objectis quæ ſupra poſui Titulo v, reſtat tertium quod eſt de actionibus quibus ſuæ quiſque perſonæ, vel ſuarum rerum, jus tuetur. dicitur autem actio ab agendo: quod actor a reo aliquid in judicio petit; ſive quod ibi cum illo tractat de aliqua re danda vel facienda. nam agere cum aliquo inter alia ſignificat petere, ſive tractare de dando vel faciendo. Hac ratione definitur actio, jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur *pr. Inſt. de actionibus.* Suadeam autem, vocem, *debere*, in ea definitione accipi latius. nam proprie quis dicitur debere id ad cujus præſtationem ſuo facto obligatur. hic etiam debere dicitur qui tenetur facere vel reſtituere, quamvis ſe ad id non obligaverit *l.* 178. §. 3. *D. de verb. ſignif.* ita tam in rem, quam in perſonam, actio hac definitione continetur. Judicium porro, ut hoc addam, eſt legitima cauſæ diſceptatio inter actorem & reum apud competentem judicem vel litis finiendæ vel maleficii puniendi gratia. Id ſuo tempore liquebit. Nunc quod hujus loci eſt, agam de Magiſtratibus, & eorum officiis, quatenus juriſdictione æſtimantur: ſed non ultra, quam res poſtulat. Oportebat enim litigaturum actionem & Judicem a Magiſtratu cujus juriſdictio erat, impetrare. Erat autem Magiſtratus, perſona publica, quæ juri dicundo præeſt. ita Magiſtratum definit Pomponius *l.* 2. §. 13. *D. de origin. jur.* Igitur Senatores non erant Magiſtratus: ſed ex illis eligebantur Magiſtratus. magiſque erat Senatus velut ſeminarium Magiſtratuum: quamquam Auguſtus & deinde Claudius etiam Equeſtribus cum in Urbe, tum in Ægypto, & aliis in provinciis, juriſdictionem detulere, contra veterem morem: ut multis obſervat Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60, & ibi Lipſius, *Excurſ. B.* Atque hæc ratio, cur hic Titulus ſit De Senatoribus. non enim intendit ad ea quæ in Senatu tractentur; nec magis agit de judiciis; (etſi multis de cauſis judicabat Senatus jam inde a Tiberii principatu: ut notat Tacitus *lib.* 4. *Annal. c.* 15.) ſed de dignitate Senatoria: ad quam pleraque hujus Tituli loca ſpectare, vel ſola inſpectio indicat. qui porro dicantur Senatores, ita definit Ulpianus *l.* 12. §. 1. *h. t.* *Senatores accipiendum eſt eos qui a patriciis & Conſulibus uſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt: quia hi ſoli in Senatu ſententiam dicere poſſunt.* Aliquem offendant prima verba, *Senatores accipiendum eſt eos.* Sed nihil damnandum eſſe, oſtendi *De pact. & tranſact. c.* 25. Satis de Senatoribus, quantum ad inſtitutum hujus Tituli. alia ſi quis deſideret; conſulat Manutium, & Zamoſcium quorum libri, *De Senatu Romano*, omnibus noti ſunt.

TITULUS X.

De Conſulibus.

Sed revertor ad Magiſtratus. hi vel majores, vel minores ſunt *l.* 32. *D. de injuriis & l.* 2. *D. de in jus vocando.* alii Urbani, alii Provinciales. illi proprie & vere Magiſtratus. hi pro Magiſtratibus funguntur. inde Pro Conſule, & Pro Prætore appellantur: cum in Urbe Conſules & Prætores dicantur: ut notabo *lib.* 2. *Tit.* 2. Ex Urbanis & majoribus Magiſtratibus primæ ſunt partes Conſulum: qui ſubſtituti Regibus, ab initio regiam poteſtatem habuere. tantum fuit differentia: quod Conſulum poteſtas erat annua, cum Regum eſſet perpetua: item quod pro uno Rege erant duo Conſules; cætera pares Regi. habebant enim imperium non modo mixtum, ſed merum quoque: donec lege Valeria factum eſt, ut ab eis provocatio eſſet; neve poſſent in caput civis Romani animadvertere. ſolum re-

lictum

lictum eſt eis, ut coërcere poſſent, ut in vincula publica duci juberent *l.* 2. §. 16. *&* 23. *D. de orig. jur.* Igitur retinuerunt civilem juriſdictionem: fuitque hæc deinde communicata cum Prætore: quod Conſules avocarentur bellis finitimis; neque eſſet qui in civitate jus reddere poſſet *d. l.* 2. §. 27. Sed non idcirco illi deſierunt jus dicere vetere more: ne mutata quidem republica. Et eſt inſignis error exiſtimantium, Conſulum officium jure Pandectarum manumiſſionibus, adoptionibus, & emancipationibus, id eſt, actibus voluntariæ juriſdictionis, terminari. Non inficior, in *l. unic. h. t.* tantum fieri eorum mentionem. ſed inde colligere, ergo hos ſolos actus exerceri a Conſulibus, fuerit hominis ſolum quod ante pedes ſit, videntis. an cui fas eſt ignorare, quod liquet ex Indice Pandectarum, Ulpianum De officio Conſulis libros ſcripſiſſe tres: quorum Fragmenta quæ in Pandectis ſunt, collegit Jacobus Labittus. ex his apparet, Conſules non modo exercuiſſe actus voluntariæ juriſdictionis, ut illi putant; ſed etiam cognoviſſe de aliis multis: puta de alimentis parentum, liberorum, libertorum, ac patronorum *l.* 5. *D. de agnoſc. & alend. liber. l.* 2. *D. de alim. vel cibar. legat.* item de ingenuitate & libertinitate *l.* 14. *D. de probat.* etiam de colluſione detegenda *l.* 2. *D. de colluſ. deteg.* nec minus de tutelis *l.* 17. *D. de tutel. & rat. diſtr.* aliiſque publicis muneribus *l.* 9. *D. de muneribus.* præterea de ſervitutibus prædiorum *l.* 11. *D. de ſerv. præd. urb.* & fideicommiſſis *l.* 27. *D. de reb. auct. judic. poſſid.* de quibus etiam teſtatur Ulpianus, *Fragm. tit.* 25. §. XI: utique, ſi majoris ſummæ ſit fideicommiſſum: ut ex Quintiliano obſervat Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 34. Moleſtus forem, ſi vellem adferre omnia: non omittam tamen, quod & Judices fuiſſe a Conſulibus datos, apparet ex *l.* 32. *D. de judiciis & l.* 99. *D. de verb. ſign.* fuit & quæſitum de executione ſententiæ, formaque ejus *l.* 15. *D. de re judic.* quæ omnia ab actibus voluntariæ juriſdictionis longe remota ſunt. Sed manifeſte de Claudio Suetonius *in ejus vita, c.* 14. *Jus*, inquit, *& Conſul & extra honorem laborioſiſſime dixit.* id eſt, in Conſulatu tamquam Conſul; & extra eum honorem tamquam Imperator.

Non admonerem hic, niſi ordo materiæ exigeret, Conſulatum qui annuus erat libera republica, ea mutata non ſemper fuiſſe annuum: quin plerumque prioribus Conſulibus remotis poſt breve tempus, ſubſtitutos fuiſſe novos. inde quoſdam ordinarios, alios ſuffectos, appellari ſolitos. illos dediſſe anno nomen, hos non æque; eoque in jure noſtro aliquoties nominari Conſules qui in Faſtis non reperiuntur. ſed hæc mitto: ſunt enim dudum annotata a D. Vinnio ad §. 4. *Inſt. de fideicom. hered.* & aliis.

TITULUS XI.

De Officio Præfecti Prætorio.

Præfectus Prætorio, qui item habetur Magiſtratus Urbanus & major, ſic appellatus: quod præeſſet Prætorio ſive Prætorio caſtro; ut eſt, in *Corpore Gruteri pag.* 183. *Inſcript.* 1. 2. 3. 10 *&* 11. ſignificantur autem hoc nomine cohortes Prætoriæ, in unis caſtris apud Romam extra portam Viminalem tendentes. unde qui Præfectus Prætorio dicitur, alias Præfectus Prætoriis cohortibus vocatur apud Suetonium, *Caligul.* 2. 12, & Tacitum *lib.* 4. *Annal. c.* 1. Erat vero hic Magiſtratus initio non Senatorius, ſed Equeſtris, (auctore Suetonio, *Tito c.* 7, & ibi Torrentio) electus a Principe ad ſimilitudinem Magiſtri equitum, olim proximum a Dictatore locum obtinentis: quemadmodum Præfectus Prætorio ſecundam a Principe perſonam ſuſtinebat. erat igitur ejus poteſtas, ut ex Tacito *d. lib.* 4. *c.* 2. *& lib.* 6. *c.* 8. *Annal.* conſtat, militaris & modica: ſed paulatim crevit. Aurelius Arcadius *l. unic. D. h. t.* ait, pleniorem poteſtatem ei datam ad diſciplinæ publicæ emendationem. accepit ſane juriſdictionem etiam in civilibus cauſis *l.* 40. *D. de reb. cred.* nec minus in criminalibus *l.* 1. §. 4. *D. de legat. lib.* 3: & quidem tantam, ut ab ejus ſententia appellari non poſſet: credente Principe, eos qui ob ſingularem induſtriam, explorata eorum fide & gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos, pro ſapientia ac luce dignitatis, quam ipſe foret judicaturus *d. l. unic.* § 1. Subnixi dicuntur Præfecti Prætorio etiam alio privilegio: ne a ſententiis eorum minores ætate ab aliis Magiſtratibus, niſi ab ipſis Præfectis Prætorio, reſtitui poſſint *d. l. unic.* §. 2. *l.* 17. *D. de minoribus.* Non minus notabile eſt, quod cuidam Reſtituto ſic reſcripſit Alexander *l.* 2 *C. de Præfect. Prætor. Orientis*, Formam a Præfecto Prætorio datam, etſi generalis ſit, minime legibus & Conſtitutionibus contraria, ſi nihil poſtea ex auctoritate mea innovatum eſt: ſervari æquum eſt.

Cæterum, etſi Titulus habet, De officio Præfecti Prætorio: fuere plerumque duo. nec tamen ſemper is fuit numerus. nam aliquando unus fuit; aliquando tres. Conſtantinus fecit quatuor. unum juſſit præeſſe Orienti, alterum Illyrico, tertium Italiæ, quartum Gallis: & ſingulis diœceſes definivit ingentes: tranſlato ab eis ad Magiſtros militum omni in milites imperio.

Hæc ego brevius. plura deſideranti licebit

adire P. Fabrum *lib.* 1 *Semeſtr. c.* 1. 2. *&* 3, & in primis Jacobum Gutherium *lib.* 2. *De officiis domus Auguſtæ c.* 1. *& ſeqq.* Sed hæc ſufficiunt fini hujus Tituli.

Solum adhuc monebo; quod Præfecto prætorio adjunctus plerumque fuit Vicarius: de quo aliquid dixi *lib.* 2. *De juriſdict. & imp. c.* 1.

TITULUS XII.

De Officio Præfecti Urbi.

PRÆFECTUM Urbi qui fuit Urbanus Magiſtratus, & major, inſtitutum ab Auguſto fuiſſe, refert Tacitus *lib.* 6. *Annal. c.* 11. fuiſſe tamen ait etiam ſub Regibus & deinceps Præfectos Urbi, ſed temporaneos, & fere Latinarum feriarum cauſa, vel per abſentiam Regis aut Conſulum. at quem Auguſtus fecit, ejus continuam fuiſſe poteſtatem. ac primum coërcuiſſe ſervitia, & ſi quod civium audacia turbidum, niſi vim metuat. poſtea aucta ejus poteſtate, habuit integram juriſdictionem, cum civilem, tum criminalem, intra Urbem, & terminos Urbis, uſque ad centeſimum lapidem. aitque Ulpianus, id declarari epiſtola Divi Severi ad Fabium Chilonem, Præfectum Urbi, in cujus initio ita ſcriptum eſt: *Cum Urbem noſtram fidei tuæ commiſerimus l.* 1. *pr. &* §. 4. *item l. ult. h. t.* ultra centeſimum lapidem non Præfecti Urbi, ſed Præfectorum Prætorio fuiſſe cognitionem, idem ſcribit Ulpianus *Collat. Leg. Moſaic. & Roman. tit.* 14. Cæterum ante inſtitutum Urbi Præfectum, electi quotannis a Populo fuere Quæſitores, qui quæſtiones publicas exercerent, veluti de falſo, de parricidio, de ſicariis *l.* 2. §. 32. *D. de origine juris*, & ſimilibus: neque hi, propter Urbi Præfectum, ſtatim deſierunt de his cognoſcere. quin integrum fuit accuſatori, reum aut hic, aut illic deferre: donec Senatuſconſulto vetaretur. auctor Tacitus *lib.* 14. *Annal. c.* 41, his verbis. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum urbis arguerentur, ad Prætorem detuliſſet, interim ſpecie legum, mox prævaricando ultionem eluſurus. additur Senatuſconſultum: Qui talem operam emptitaſſet, vendidiſſetve, perinde pœna teneretur, ac ſi publico judicio calumniæ condemnatus.* Hoc interfuit inter Quæſitores & Præfectum Urbi; quod Quæſitores ex legibus jure & ordine judicarent, jurati in verba legum. Quintilianus, *Declam.* 338. *parte altera. Habent ea* (publica judicia) *ſuam formam, ſuum judicium, ſuum numerum, ſuum Quæſitorem, ſua tempora, ſua nomina.* Præfectus Urbi extra ordinem cognoſcebat ex Mandatis Principis *l.* 1. §. *ult. D. de pœnis.* illi de facto judicabant, pœna legi ſervata; ut eſt apud Papinianum *l.* 15. *D. Ad municipal.* Contra licet huic qui extra ordinem de crimine cognoſcit, quam vult ſententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem: ita ut utroque modo rationem non excedat *l.* 13. *D. de pœnis.* Omnia igitur omnino crimina Præfectura Urbis ſibi vindicavit *l.* 1. *h. t.* eoque quidquid intra Urbem admittitur, ad Præfectum Urbi videtur pertinere: ſed & ſi intra centeſimum milliarium admiſſum ſit, ad Præfectum Urbi pertinet: nullo diſcrimine, utrum ordinarium crimen ſit, an extraordinarium. non opus enarrare ſpecies: poſſunt videri *l.* 3. §. 1. *D. de offic. Præfect. Vigil. & l.* 1. §. 5. 6. 9. 10. 14. *h. t.* Similiter ad officium Præfecti Urbi pertinet cura carnis omnis, ut juſto pretio præbeatur, & forum ſuarium & cæterorum pecorum ſive armentorum quæ ad hujusmodi præbitionem ſpectant *d. l.* 1. §. 11. Nec minus quies popularium & diſciplina ſpectaculorum *d. l.* 1. §. 12. nam & hoc convenit verbis epiſtolæ, *Cum urbem noſtram fidei tuæ commiſerimus.* Non minus his conſequens eſt, ut etiam conceſſa Præfecto Urbi videantur omnia quæ ad ea obtinenda ſint neceſſaria *d. l.* 1. §. 12 *&* 13. Ea certe veniſſe omnia ex epiſtola D. Severi ad Fabium Chilonem, intelligitur ex *l.* 6. §. 1. *D. de interd. & releg.* inde liquet quoque, eum habere jus deportandi. Illud in tranſcurſu notabo: quod ut in ſuperioribus tantum fiat mentio epiſtolæ D. Severi, tamen fuiſſe epiſtolam D. Severi & Antonini. id didici ex *l.* 1. §. 4. *D. de legat. lib.* 3. quod & alibi evenit. ſic Inſcriptio *l.* 2. *C. Ut in poſſeſſ. legat.* habet, *Divus Marcus Stratonicæ*: fuiſſe tamen id Reſcriptum D. Marci & D. Commodi, apparet ex *l.* 7. *C. eod. tit.* Intereſt & hoc ſciri: quod Præfectus Urbi plerumque habet Vicarium qui ex ejus mandato aliquando exerceat etiam merum imperium. ſed de hoc egi *lib.* 2. *De juriſdict. & imper. c.* 1 *&* 6.

TITU-

TITULUS XIII.

De Officio Quæſtorum.

EX minoribus Magiſtratibus occurrunt hic Quæſtores: dicti ab eo, quod inquirendæ & conſervandæ pecuniæ publicæ gratia crearentur; ut Pomponius refert *l.* 2. §. 22. *D. de orig. jur.* hanc originem eis creandis fuiſſe, & antiquiſſimam, etiam Ulpianus confirmat *l. unic. pr.* & §. 1. *h. t.* addit, ab initio quidem fuiſſe in Urbe; ſed deinde aliquos etiam Provincias eſſe ſortitos: idque ex Tacito quoque intelligitur *lib.* XI. *Annal. c.* 22.

Præter hos fuere alii Quæſtores qui præerant capitalibus rebus. hi Quæſtores parricidii appellati *d. l.* 2. §. 23. iiſque addebatur aliquando Judex quæſtionis: de quo egi *lib.* 2. *De juriſdict. & imper. c.* V.

Præterea fuere Quæſtores qui dicebantur Candidati Principis: hi non ſortiebantur provincias, neque præerant pecuniæ publicæ, neque magis capitalibus cauſis. ſolis vacabant libris Principalibus, id eſt, orationibus & epiſtolis Principis in Senatu legendis. illi erant plerumque homines docti, ſed plebeji, eoque non habebant jus ingrediendi Senatum. ut vero hoc acciperent; dabat illis Princeps titulum Quæſtoris: qui erat ingreſſus & quaſi primordium gerendorum honorum *d. l. unic.* §. 2. & 3.

De officio Quæſtoris Ulpianus ſcripſit librum ſingularem. hoc liquet ex Inſcriptione *d. l. unicæ*, & ex Indice Pandectarum: unde reſtituendam eſſe Inſcriptionem *l.* 3. *D. de Juriſdictione*, dudum vidit Ruſſardus, & in *Paratitlis* Cujacius. Ejus tamen libri Fragmenta in Pandectis non extant plura. Fuiſſe autem aliqua minora Quæſtorum judicia, auctor eſt Aſconius Pedianus, in *Divinat. in Verr.* verbis ſequentibus. *Alii alienum non nomen proprium putant eſſe, ſed alienum & alterius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque cauſarum, ſed a ſubſelliis, hoc eſt, non a tribunalibus. ſunt enim ſubſellia Tribunorum, Triumvirorum, Quæſtorum, & hujuſmodi minora judicia exercentium, qui non in ſellis curulibus, nec in tribunalibus, ſed in ſubſelliis conſidebant.* Habuerunt igitur Quæſtores quædam judicia, ſed minora, atque ipſa ſine vocatione aut apprehenſione. opportune id obſervat A. Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 12. eoque non oportet cum his confundi hoc Ciceronis ex *Divinat. c.* 17: *Ubi hoc Quæſtori Cæcilio, viro optimo, & homini juſtiſſimo nuntiatum eſt, vocari ad ſe Agonidem jubet: judicium dat ſtatim, ſi pareret, eam ſe & ſua Veneris eſſe dixiſſe. judicant recuperatores id, quod neceſſe erat. neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixiſſet. iſte in poſſeſſionem bonorum mulieris mittit: ipſam Veneri in ſervitutem adjudicat: deinde bona vendit: pecuniam redigit.* Confudit hæc Cujacius, *Paratitl. h. t.* ſed manifeſte reſiſtunt ante ſcripta: & jus dixiſſe Cæcilium non ſuo jure, ſed ex mandatu Verris Prætoris, hoc veriſimilius eſt; quod & Cæſarem, cum ei Quæſtori ulterior Hiſpania obveniſſet, Prætoris mandatu Conventus juredicundo circumiiſſe, Suetonius memorat *in ejus vita c.* 7.

TITULUS XIV.

De Officio Prætorum.

PRÆTORUM appellatio generalis eſt, omnes continens Magiſtratus qui præeunt jure aut exercitu: ut notum ex Varrone, *lib.* 4. *De ling. Lat.* & *Novell.* 24 & 25. Hic accipitur Prætor pro Magiſtratu qui præeſt juriſdictioni. ejus conſtituendi cauſam tradit Pomponius *l.* 2. §. 27. *D. de orig. jur.* ait enim, cum Conſules avocarentur bellis finitimis, neque eſſet qui poſſet in civitate jus reddere; creatum fuiſſe Prætorem qui Urbanus appellatus eſt: quod in Urbe jus redderet. deinde eo non ſufficiente, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret; creatum eſſe & alium qui Peregrinus appellatus eſt ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus diceret §. 28. *d. l.* addit, his poſtea Prætores etiam alios acceſſiſſe diverſis occaſionibus: itaque factum eſſe, ut tandem decem & octo Prætores in civitate jus dicerent §. 32. *d. l.* Ab hac cauſa hic Titulus Florentiæ habet, *De Officio Prætorum:* quamvis in aliis libris eſt, *De Officio Prætoris.* De juriſdictione qua cenſetur omnium Prætorum Officium, ſcripſi duos libros. nec plus addo.

TITULUS XV.

De Officio Præfecti Vigilum.

INTER minores Magiſtratus Urbanos fuit Præfectus Vigilum. de cujus Officio ſcripſere Ulpianus & Paulus. indicat id Inſcriptio *l.* 1. 2. 3. *h. t.* nec minus, a quo, & qua ratione inventus is Magiſtratus fuerit. Pars Officii ejus deſcribitur *d. l.* 3. §. 1. & *ſeqq.* ibi

quæ ſint *Horrea*, *ubi homines pretioſiſſimam partem fortunarum ſuarum deponunt*, dixi *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. In *d. l.* 3. §. *ult.* fit mentio *Capſariorum*, qui *mercede ſervanda in balineis veſtimenta ſuſcipiunt.* dc his aliqua Cujacius *lib.* 5. *Obſerv. c.* 8. In *l.* 4. injicitur mentio *Inſulariorum:* quos attingit *l.* 166. & *l.* 203. *D. de verb. ſignif.* ſunt autem hi ſervi inſularum cuſtodes *l.* 16. §. 1. *D. de uſu & habit.* quod & placet Collegæ meo, P. Burmanno V. Cl. *Notis ad Petron. c.* 95.

Omnis Præfecti Vigilum coërcitio ſubſiſtit intra fuſtes & flagella *l. ult. h. t.* fuſtes adverſus homines liberos, & flagella adverſus ſervos *l.* 10. *D. de pœnis. l. ult. D. de injuriis.* quod ſi facti atrocitas capitis animadverſionem deſideret: ceſſant partes Præfecti Vigilum; & ſuccedit imperium Præfecti Urbi: ad quem remitti jam reum, ſive homo liber, ſive ſervus ſit, Paulus *d. l.* 3. §. 1, & Ulpianus *l. ult. h. t.* declarant. At obſtat Pomponius *l. pen. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequut.* Sed corruptus locus, & a me reſtitutus *lib.* 2. *Probabil. c.* 5.

TITULUS XVI.

De Officio Proconſulis & Legati.

A Magiſtratibus Urbanis tranſeo ad Provinciales. in quibus primus occurrit Proconſul, Magiſtratus major, idem Senatorius, & initio tantum Conſularis. nam Conſules, finito anno Conſulatus, in Provinciam mittebantur cum imperio conſulari: etſi uſu invaluerit; (quod annotavit Reineſius, *ad Inſcriptionem* 26. *Claſſ.* 2. *p.* 270, & Salmaſius ad Vopiſcum, *Probo c.* 13) ut etiam alii cum ea poteſtate miſſi, Proconſules dicerentur, quamvis Conſules non fuiſſent. in primis id, ſi audimus Dionem *lib.* 53, obtinuit poſt diviſionem Provinciarum ab Auguſto factam. Obtingebat porro ſua cuique Provincia ſorte: ut notum, & meminit Paulus *l.* 36. §. 1. *D. de adopt.* Inſignia Proconſularia ſex faſces fuiſſe, Ulpianus ait *l.* 14. *h. t.* Dion vero *d. loc.* tot habuiſſe, quot in Urbe habere eis per leges liceret. Uterque in eo conſentit, Proconſulem hæc accepiſſe ſtatim, atque urbem egrederetur, nec minus juriſdictionem, maxime voluntariam. contentioſam enim exercebat demum, poſtquam venerat in Provinciam *l.* 1. & 2. *h. t.* Cæterum quæ erat ejus juriſdictio, hæc dicitur juriſdictio pleniſſima: ſub eaque appellatione partes omnium qui Romæ vel quaſi Magiſtratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipſum pertinere *l.* 7. §. *ult. h. t.* & *l.* 8. additur, Proconſulem, ideo majus imperium in ea Provincia habere omnibus poſt Principem: nec quidquam eſſe in Provincia quod non per ipſum expediatur. ſane ſi fiſcalis pecuniaria cauſa ſit quæ ad Procuratorem Principis reſpicit, melius facturum, ſi abſtineat *l.* 9. *h. t.* quod quid ſit, exponam infra ſub *Tit. De offic. Procur. Cæſaris.*

Proconſuli addebatur Legatus a Senatu, ſæpe a Principe. vid. Lamprid. *Alexand. Sever. c.* 46, & Vopiſc. *Prob. c.* 13. ibique *in Notis* Salmaſium. Utcumque tamen eſſet conſtitutus; nihil proprium habuit, antequam ei a Proconſule mandaretur juriſdictio *l.* 13. *h. t.* nec magis propriam accepit, cum mandaretur; niſi quid, ut tutela, ei ſpecialiter lege deſerretur. alioquin non dabat lex principaliter mandatam juriſdictionem; ſed mandatam confirmabat. ita Legatus proprium nihil habet, ſed Proconſulis qui mandavit, juriſdictione utitur *l.* 1. §. 1. *D. de offic. ejus cui.* Plane poterat Proconſul eam mandare, vel non mandare. erat enim hoc in arbitrio ejus *l.* 6. §. 1. *h. t.* quod miror negaſſe Cujacium *lib.* 7. *Obſerv. c.* 21. Non minus licebat Proconſuli, Legato adimere mandatam a ſe juriſdictionem: non tamen inconſulto Principe *d. l.* 6. §. 1. Illud neſcio an addam, quod juriſdictionem mandare demum poteſt Proconſul provinciam ingreſſus: ante non poteſt. eſt enim perquam abſurdum, antequam juriſdictionem ipſe nanciſcatur, (non enim prius ei competit, quam in provinciam venerit) alii eam mandare. ſed & ſi ante fecerit, & ingreſſus Provinciam, in eadem voluntate fuerit; credendum eſt, Legatum habere juriſdictionem, non exinde ex quo mandata eſt, ſed exinde ex quo Provinciam Proconſul ingreſſus eſt *l.* 4. §. *ult. h. t.* poteſt tamen Proconſul aliquando, etſi nondum in provinciam pervenerit, juriſdictionem mandare. quid enim, ſi neceſſariam moram in itinere patiatur, maturiſſime autem Legatus in Provinciam perventurus ſit? *l.* 5. *h. t.* Accepit igitur Legatus juriſdictionem ex mandato Proconſulis. nec tamen omnem: ſed eam quam Proconſul habebat jure Magiſtratus. nam ſi quam habebat extra ordinem jure ſpecialis delegationis: hæc non poterat mandari, nec mandata juriſdictione tranſibat *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* Hac ratione quæſitum, an quis apud Legatum Proconſulis poſſit manumittere, aut adoptare: item, an ipſe tutores dare, aut merum imperium exercere poſſit? ſed quia de his omnibus egi *lib.* 2. *De juriſdictione & imperio*, parcam ſupervacuo labori. Cæterum ut mandatam juriſdictionem habuerit Legatus: non idcirco negem, inter eum & alios mandatarios fuiſſe differentiam quam ex *l.* 2. & *l.* 1. *D. Quis a quo appelletur* annotavit Cujacius *d. lib.* 7. *Obſerv. c.* 21. Illud meminiſſe nos oportebit, Proconſulem uſque ad adventum ſucceſſoris omnia debere agere: cum ſit unus Proconſulatus; & utilitas provinciæ exigat,

eſſe

eſſe aliquem per quem negotia ſua provinciales explicent. ergo in adventum ſucceſſoris debet jus dicere *l.* 10. *h. t.* Legatum quoque ſuum ne ante ſe de provincia dimittat, & lege Julia repetundarum, & Reſcripto Divi Hadriani ad Calpurnium Rufum, Proconſulem Achajæ, admonetur *d. l.* 10. §. 1.

Proconſul portam Romæ ingreſſus, deponit imperium *l. ult. h. t.* ſic ex vetere inſtituto: de quo Dion *d. lib.* 53, & Juſtus Lipſius ad Tacitum *lib.* 3. *Annal. c.* 19. *n.* 42.

TITULUS XVII.

De Officio Præfecti Auguſtalis.

UT hic Titulus cum ſequente intelligatur: repetendum eſt, quod obiter attigi ex Dione *lib.* 53, Imperatorem Auguſtum, poſtquam paſſus erat, ſibi perſuaderi, ut retineret imperium cujus depoſitionem ſimulaverat, cum Populo diviſiſſe Provincias: pacataſque ei dediſſe, cæteras ſibi accepiſſe: hoc prætextu, quaſi Populo relinqueret otium, & laborem ac pericula ſumeret ſibi: eum hoc ageret; ut, inermi Populo, ſolus arma in ſua poteſtate haberet. igitur more vetere in Populi provincias a Senatu mitti Proconſulem cum Legato permiſit. ipſe in ſuas Provincias miſit Legatum: qui dicebatur Legatus Cæſaris, aliquando etiam ſimpliciter Legatus: (ut notavi *lib.* 2. *De Juriſdict. & Imp. c.* VII) eratque cauſa hujus nominis, quod ipſe in ſuas provincias Proconſulare imperium haberet. indicant id Imperatorum tituli: in quibus inter cæteros eſt Proconſul, ut notum, & meminit Dion *d. lib.* 53. *p.* 581, & Capitolinus, *Antonino Pio c.* 4. *Antonino Philoſopho c.* 6. mittebantur autem in has provincias Legati non uno modo. nam alii mittebantur Pro Prætore; quidam Pro Conſule: ut docet Dion *d. lib.* 53, & Salmaſius, *ad Vopiſcum c.* 13. Erat porro Ægyptus (ut intelligimus ex Tacito *lib.* 2. *Annal. c.* 59, & *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 11) Auguſto ſuſpecta: cum quia potens erat, & annonæ fœcunda: tum propter mobiles Ægyptiorum animos, & difficilem provinciæ aditum: quo facile poterat ſe tueri adverſus ingentes exercitus; & interim Urbem atque Italiam fame premere. Ne igitur potens Senator, aut illuſtris Eques ea potiretur; non putavit e re ſua eſſe Auguſtus, eam committere Senatorio Magiſtratui, aut Equiti illuſtri: ne voluit quidem, tales eam intrare, ſe ignaro: ideoque in eam miſit Equitem non illuſtrem: ad ſimilitudinem tamen Proconſulis; vocavitque eum Præfectum Auguſtalem. atque ut id jure fieret; (ſolis enim Senatoribus permittebatur juriſdictio) lege opus fuiſſe, auctor eſt Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60. & pluribus Lipſius ibi *Excurſ. B.* De Præfecto Auguſtali etiam quædam Reineſius ad *Inſcript.* 26. *Claſſ.* 2.

TITULUS XVIII.

De Officio Præſidis.

DIXI de Ægypto. in cæteras Cæſaris provincias miſſi a Cæſare fuere Præſides. eſt autem Præſidis nomen generale: eoque & Proconſules, & Legati Cæſaris, & omnes provincias regentes, licet Senatores ſint, Præſides appellantur. Proconſulis appellatio ſpecialis eſt *l.* 1. *h. t.* Qui autem ſpecialiter appellatur Præſes, is ut eſt Legatus Cæſaris tamquam Proconſulis, ut dixi ſuperiore Titulo: ſic exemplo Legati Proconſulis, demum imperium ſuum accipiebat ingreſſus Provinciam; deponebatque id ſtatim, atque intellexit, ſucceſſorem adveniſſe: auctore Dione *lib.* 53. & *l. unic. D. de offic. præfect. Auguſtal.* item *l.* 17. *h. t.* Sed hæc & alia Cujacius *lib.* 20. *Obſerv. c.* 37, & Lipſius *Excurſ. M. ad lib.* 1. *Annal. Taciti.*

Quæ porro & quanta fuerit ejus poteſtas, intelligitur ex *l.* 10. 11 & 12. *h. t.* in quibus ſic extat: De omnibus cauſis de quibus vel Præfectus Urbi, vel Præfectus Prætorio, itemque Conſules, & Prætores, cæterique Romæ cognoſcunt, Correctorum & Præſidum Provinciarum notio eſt. omnia enim provincialia deſideria quæ Romæ varios Judices habent, ad officium Præſidum pertinent. ſed licet is qui provinciæ præeſt, omnium Romæ Magiſtratuum vice & officio fungi debeat: non tamen ſpectandum eſt, quid Romæ factum eſt, quam quid fieri debeat *l.* 13. *h. t.* Habet igitur majus imperium in ea provincia omnibus poſt Principem *l.* 4. *h. t.* maxime in ſuæ provinciæ homines: & hoc, dum in provincia eſt: nam ſi exceſſerit, privatus eſt. habet interdum imperium & adverſus extraneos homines: ſi quid in alium manu commiſerint. nam & in Mandatis Principum eſt; ut curet is qui Provinciæ præeſt, malis hominibus purgare Provinciam: nec diſtinguitur, unde ſint *l.* 3. *h. t.* In Decuriones tamen & Principales civitatum, ſi capitalem meruerint pœnam, aut admiſerint aliquid propter quod relegandi videantur, nihil ſtatuere debet, niſi conſenſu Principis *l.* 27. §. 1 & 2. *D. de pœnis.* in hunc ſenſum explicanda ibi ſynchuſis quam indicavi *lib.* 2. *Obſerv.*

ſerv. c. 26. Illud etiam obſervandum eſt, ei qui provinciam regit, ne fines ejus excedat, niſi voti ſolvendi cauſa, dum tamen abnoctare ei non liceat *l.* 15. *h. t.* Papinianus quoque *lib.* 1. *Reſponſorum* ſic ſcribit *l.* 20. *h. t.* Legatus Cæſaris, id eſt, Præſes vel Corrector, abdicando ſe non amittit imperium.

TITULUS XIX.

De Officio Procuratoris Cæſaris vel Rationalis.

IN Rubrica quæ eſt *De Officio Procuratoris Cæſaris vel Rationalis*, poteſt vocula, *vel*, accipi pro *id eſt*, argumento hoc Lampridii, *Alexandr. Sever. c.* 45, *Procuratores, id eſt, rationales ordinare.* Eumdem etiam eſſe Rationalem, & Procuratorem Cæſaris, oſtendit Caſaubonus ad *d. loc.* & ad Capitolinum *Maximin. duob. c.* 14. Inſtitutus is Procurator fuit, ut adminiſtraret res fiſci, prædia, verbi gratia, locaret, item reditus, & debita fiſci exigeret, ſimul acceptorum expenſorumque rationes conficeret. indicat hæc Dion *lib.* 53. *pag.* 579: additque, tales miſſos eſſe in omnes provincias, partim ex Equitibus, partim ex Libertis. Nec dubito, quin a conficiendis rationibus dictus ſit Rationalis; & quod fiſci vel Cæſaris res curaret, Procurator fiſci, item Procurator Cæſaris, & Curator Cæſaris *l.* 3. *h. t.*

Eſt igitur ejus officium, (quod obſervat Ulpianus *l.* 1. *h. t.*) rem Cæſaris diligenter gerere: id eſt, adminiſtrare, conſervare, tueri. quod ſi factum: ait Ulpianus, quæ acta geſta ſunt, ſic comprobari, atque ſi a Cæſare geſta eſſent. quod ſi rem Cæſaris tradat quaſi rem propriam: non putat Ulpianus, eum dominium transferre: præfatus, quod tunc transfert; cum negotium Cæſaris gerens, conſenſu ipſius tradit: denique, ſi venditionis, transactionis, vel donationis cauſa quid agat; nihil agit: quia non alienare ei rem Cæſaris, ſed, ut dixi, diligenter gerere commiſſum eſt. Ulpianus ait, & hoc eſſe præcipuum, id eſt, ſingulare, in Procuratore Cæſaris: quod ejus juſſu ſervus Cæſaris adire hereditatem poteſt. nam hereditas jure communi per Procuratorem adiri non poteſt *l.* 90. *D. de adq. hered.* Similiter ſi Cæſar heres inſtituatur; miſcendo ſe opulentæ hereditati, procurator heredem Cæſarem facit. quod ſi ea bona ex quibus Imperator heres inſtituatur, ſolvendo non ſint; re perſpecta, conſulitur Imperator. heredis enim inſtituti in adeundis vel repudiandis hujuſmodi hereditatibus voluntas exploranda eſt *d. l.* 1 *&* 2. *h. t.*

Sicut igitur Procurator Cæſaris accipiebat ejus mandata ad adminiſtrandas fiſcales cauſas pecuniarias: ita litem, ſi quæ de his incideret, olim debebat perſequi apud Proconſules & Præſides quorum erat juriſdictio. ipſe enim hanc non habebat: quamquam poterat coërcere ſervitia Cæſaris: exemplo aliorum Procuratorum quibus ea poteſtas a dominis conceſſa erat. poterat præterea (quod ait Calliſtratus *l.* 3. §. 1. *h. t.*) aliquem quaſi tumultuoſum vel injurioſum adverſus colonos Cæſaris, prohibere in prædia Cæſariana accedere. nam & hæc privatæ facultatis ſunt. quod ſi longius iret, uſurpando vim Prætoris: ſine dubio excedebat fines mandatæ adminiſtrationis. Non arceſſam argumenta. ſufficit Tacitus *lib.* 4. *Annal. c.* 15: dicens, *Procuratorem Aſiæ Lucilium Capitonem, accuſante provincia, cauſam dixiſſe, magna cum aſſeveratione Principis, Non ſe jus, niſi in ſervitia & pecunias familiares dediſſe: quod ſi vim Prætoris uſurpaſſet, manibuſque militum uſus foret, ſpreta in eo mandata ſua.* Et addit Tacitus, quod reus *cognito negocio damnatus eſt.* Hoc ab initio jus fuiſſe, præ me fero: ſed deinde mutatum in fiſcali pecuniaria cauſa, dubito, an ex Senatuſconſulto Claudiano de quo pulchre & late idem Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60. Atque ita eſt: poſt hoc Senatuſconſultum, cœpit Procurator Cæſaris in fiſcali cauſa pecuniaria eamdem habere poteſtatem, quam in ea ante ſoli habuerant Magiſtratus, Prætores & Proconſules, verbi gratia. nec tamen hi idcirco deſierunt vel in ea cauſa cognoſcere, & jus dicere. non enim his adempta ea cognitio fuit, quam in illa habuere jure ſui Magiſtratus. magis accepit Procurator juriſdictionem concurrentem. utique, donec Impp. Severus & Antoninus *l.* 2. *C. Ubi cauſ. fiſc.* cuidam Ariſtæ ſic reſcripſere. *Non animadvertimus, cur cauſas ad officium Procuratorum noſtrorum pertinentes, ad Proconſulis notionem advocare velis.* Nam Proconſul æque poſt hoc Reſcriptum, atque ante, in fiſcali pecuniaria cauſa de jure retinuit juriſdictionem: etſi potuerit videri melius facturus; ſi ſe ultro ab ea cauſa abſtineat: quaſi id maluerint *d. l.* 2. Imperatores. Hoc mihi ſedet, atque inde tandem liquet, quid velit Ulpianus *l.* 7. §. 2. *& l.* 9. *D. de offic. Proconſ.* (conjungendus enim eſt uterque locus) cum ſic ſcribit: *Cum pleniſſimam autem juriſdictionem Proconſul habeat, omnium partes qui Romæ vel quaſi Magiſtratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipſum pertinent. nec quidquam eſt in provincia, quod non per ipſum expediatur. Sane ſi fiſcalis pecuniaria cauſa ſit quæ ad Procuratorem Principis reſpicit: melius fecerit, ſi ſe abſtineat.* Ait, *Melius fecerit.* quod eſt conſilii & ſuaſionis, inculcantis reverentiam *d. l.* 2. Longius ivit Conſtantinus *l.* 5. *C. Ubi cauſ. fiſcal.* pro imperio ſic ſcribens. *Ad fiſcum pertinentes cauſas Rationalis decidat, omnibus concuſſionibus prohibendis.*

Ita

Ita jam in his adempta Proconſulibus eſt, quam habuere juriſdictionem: ſoluſque eam accepit Procurator. at in his ſolis. nam quòd attinet ad lites privatorum: in illis, niſi in eum conſentiant litigatores, Judex competens non eſt *l. 1. C. de juriſdictione:* prætterquam, ſi fungatur vice Præſidis *l. 23. §. 1. D. de appellat. l. 3. C. Ubi cauſ. fiſcal. l. 4. C. Ad leg. Fab. de plag.* nam tum ejus partes adminiſtrat cum in civilibus, tum in criminalibus, cauſis: auctore Ulpiano *Collat. Leg. Moſaic. & Roman.* allegato jam dudum a Cujacio *lib. 19. Obſerv. c. 13*, Lipſio *ad Tacitum, lib. 12. Annal. Excurſ. B*, & Gutherio *De offic. dom. Auguſt. lib. 3. c. 33. & ſeqq.* qui de Procuratore Cæſaris omnium pleniſſime. Hæc ſic ſcripſeram: cum deinde incidi in *Paſſionem SS. Perpetuæ & Felicitatis:* in qua reperi ſequentia verba, ad hanc partem pertinentia, nondum, quantum ſcio, ab aliis adducta. *Alio die cum pranderemus, ſubito rapti ſumus, ut audiremur: & pervenimus ad forum. Rumor ſtatim per vicinas fori partes cucurrit, & factus eſt Populus immenſus. Aſcendimus in cataſta. interrogati cæteri, confeſſi ſunt. Ventum eſt & ad me. & apparuit pater illico cum filio meo, & extraxit me de gradu, ſupplicans: miſerere infanti. Et Hilarianus Procurator, qui tunc loco Proconſulis Minucl Timiniani defuncti, jus gladii acceperat, Parce, inquit, canis patris tui; Parce infantiæ pueri. fac ſacrum pro ſalute Imperatorum.* Et poſt. *Tunc* (Hilarianus) *nos univerſos pronunciat, & damnat ad beſtias.* Sic editur, *Tunc nos univerſos*, nullo ſenſu: niſi legatur, *Tunc reos univerſos.* quod non minus vere, quam ingenioſe, conjecit Collega meus, Jacobus Gronovius, Vir Clariſſimus: ut in familiari ſermone ex illo intellexi.

TITULUS XX.

De Officio Juridici.

JURIDICUS cujus mentio fit in Rubrica, auctore Briſſonio, eſt qui aliquo in loco jus dicit *l. 41. §. 5. D. de fideicom. libert.* Talis fuit Juridicus Alexandrinæ civitatis *§. 6. Inſt. de Atilian. tut.* ſive Juridicus qui agit Alexandriæ *l. 2. h. t.* Reineſius, *Notis ad Inſcript. 26. Claſſ. 2.* obſervat, eum appellari quoque Juridicum Ægypti: præfuiſſe enim non Alexandrinis tantum, quæ eſt pervulgata opinio, ſed univerſæ regioni Ægypti, æque ac Præfectum Auguſtalem: nam ambos Ægypto diverſo cum imperio, & diverſis negotiis tractandis, eſſe impoſitos: alterum, ut eſſet loco Regis, alterum, ut jus diceret. utrumque ex Equeſtri ordine, neutrum ex Senatorio fuiſſe, notum eſt; nec minus ad hos ſpectare hoc Taciti, *lib. 12. Annal. c. 60. Divus Auguſtus apud equeſtres qui Ægypto præſiderent, lege agi; decretaque eorum proinde haberi juſſerat, ac ſi magiſtratus Romani conſtituiſſent.* Secundum hoc Ulpianus *l. 1. h. t.* Adoptare, inquit, quis apud Juridicum poteſt: quia data eſt ei legis actio. Et *l. 2.* Juridico qui Alexandriæ agit, datio tutoris Conſtitutione Divi Marci conceſſa eſt. De hoc Juridico etiam ſic ſcribit Spartianus *Severo c. 27. Deinde Alexandrinis jus Buleutarum dedit, qui ſine publico conſilio ita, ut ſub regibus ante vivebant, uno Judice contenti, quem Cæſar dediſſet.* Sic ille. an vere? non putat Reineſius *d. loc.*

TITULUS XXI.

De Officio ejus cui mandata juriſdictio eſt.

TRADITA ſub hoc Titulo, hiſque affinia, tractavi *lib. 2. De juriſdictione & imperio c. 1. & ſeqq.*

TITULUS XXII.

De Officio Aſſeſſorum.

DE Aſſeſſoribus, eorumque officio egi *lib. 1. De juriſdictione & imperio c.* XI & XII.

LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Juriſdictione.

Quid juriſdictio ſeu imperium ſit, & quo modo a Prætore exerceatur de plano, aut pro tribunali, per ſe, aut per mandatarium, tam utile eſt exponi, quam dignum quæri: certo, nihil plus, pauca tantum, conferre ad intellectum Juris Civilis. Igitur eam materiam, ejuſque partes, ſum executus duobus libris De Juriſdictione & Imperio: nec jam agam actum. tantum attingam Edicta, ad tuendam juriſdictionem a Prætore propoſita. Ea Edicta ſunt tria. primi quod eſt de albo corrupto, ſenſus traditur ab Ulpiano *l.* 7. *D. h. t.* verba videntur talia fuiſſe. *Si quis id quod juriſdictionis perpetuæ cauſa in albo propoſitum erit, dolo malo corruperit; in eum, ſi quis eo nomine agere volet, quingentorum aureorum judicium dabo.*

Hæc verba excerpſi ex *d. l.* 7. nam quæ in ea præterea reperiuntur, magis pro interpretatione Edicti, quam pro ejus verbis, accipi oportere, recte ſuſpicatus eſt Jacobus Cujacius, V. Cl. *lib.* 21. *Obſerv. c.* 24. ſaltem addam, quod in *d. l.* 7. quidam libri (Ruſſardo teſte, *Not. margin.*) non habent, *quingentorum aureorum*, ſed, *quinquaginta aureorum:* eaque lectio Franciſco Hotmano placet: cum ob alia, tum quia ea pœna a Prætore etiam eſt alibi poſita *l.* 24. *D. de in jus vocando*, & *l.* 2. *D. In jus vocat. ut eant.* Sed hoc facti eſt; nec habet juris conſequentiam. quid ni enim potuit Prætor in uno Edicto majorem, in alio minorem, pœnam conſtituere pro ſuo arbitrio? Idcirco relinquam hoc in medio. Æque, cui hæc cedat pœna. quamquam enim vel hoc expreſſerit in Edicto Prætor; ſicut Edictis Legibuſque, populares actiones concedentibus, exprimi ſolet: hodie tamen extat nuſquam. non ſervatam autem peræque hac quoque in parte eamdem fuiſſe formam, ſatis claret ex *l.* 25. §. 2. *D. de Senatuſc. Silan. l. ult. D. de termino moto.* Interim ſumma fuit hujus Edicti ratio: ſiquidem ſolitus fuit Prætor initio Magiſtratus, in dealbato pariete, vel dealbata tabula, quæ in *d. l.* 7. *D. h. t. item l.* 1. *C. de interdict.* & *l.* 1. §. 1. *D. de edendo*, & apud Senecam, *Epiſt.* 41, vocatur album, exprimere (quod docet Cicero, *Pro Q. Roſcio Comœdo c.* 8. *in fin.*) ex uniuſcujuſque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicas formulas ad quas privata lis accommodaretur. nempe, ut ſcirent cives quod jus de qnaque re dicturus eſſet, ſeque præmunirent *l.* 2. §. 10. *D. de orig. jur.* Id igitur album non violari intererat uniuſcujusque de populo: & optimo jure Prætor, ſi quis contra feciſſe dicatur, popularem actionem de albo corrupto propoſuit, vindicandæ ſuæ dignitatis gratia.

Ait Prætor, *Si quis:* nec diſtinguit ſtatum aut conditionem corrumpentis album. late igitur patet verbum hoc, *Si quis*; & ut paſſim, utrumque ſexum complectitur. Servi quoque, & filiifamilias verbis Edicti continentur *l.* 7. §. 1. *h. t.*

Deinde ait Prætor, *Quod juriſdictionis perpetuæ cauſa in albo propoſitum erit.* Videtur Prætor quid in albo juriſdictionis perpetuæ cauſa proponere: ubi in albo monet Populum, de quibus rebus, & qua forma, durante imperii ſui anno, ſit jus dicturus. ſic enim ſolere Prætores, modo dixi: atque hinc *Edictum monitorium* in Inſcriptione *l.* 2. *D. In jus voc. ut eant*, & *l.* 1. *D. de interrog. in jur. fac.* Refert etiam Aſconius Pedianus, *Argum. Oration.* Ciceronis *Pro C. Cornelio majeſtatis reo*, juſſos Lege Cornelia fuiſſe Prætores, ſecundum Edicta perpetua jus dicere. ita Prætor hic, ut ſæpe alibi, juriſdictionis appellatione Edictum complectitur; vocatque perpetuam juriſdictionem quam Aſconius indigitat Edictum perpetuum; imo Alexander *l.* 2. *C. de reſtitut. milit.* dicit perpetuam juriſdictionem. Erant & alia Edicta quæ Prætor jubebat proponi, non in omnes res, neque in omnes perſonas, in perpetuum, ſed pro re nata, in res & in perſonas ſingulas. horum exempla occurrunt in *l.* 53. §. 1. *D. de re judicata*, *l. ult. D. Ubi pupill. educ. deb.* & alibi. Hæc vero cum aliam haberent cauſam, quam Edicta perpetua: ad præſens Edictum non pertinent: eoque Interpres his verbis *d. l.* 7, *Si quis id quod juriſdictionis perpetuæ cauſa in albo propoſitum erit*, in margine pro explicatione hæc adjecit verba, *Non quod prout res incidit:* quamquam Librarius ea deinde miſcuit Ulpiani verbis. ſignificabat autem ille Interpres id quod res eſt, eum qui violet Edictum, juſſu Prætoris affixum, non perpetuæ juriſdictionis cauſa, ſed pro re nata, non puniri hac actione: quia tale Edictum magis ad privatam alicujus, quam ad communem omnium, utilitatem ſpectat. Non minus verum eſt, quod hæc verba, *in charta vel alia materia*, quæ in *d. l.* 7. ſequuntur poſt verbum, *in albo*, ſimiliter ſunt Interpretis; ſignificantis, quod ut album plerumque ſit tabula lignea dealbata, vel paries dealbatus, tamen nihil refert: utrum affixum a Prætore Edicti perpetui

petui gratia ſit ex ligno, an ex charta, an alia materia.

Ait Prætot, *Propoſitum erit.* Habet igitur hæc actio locum, albo, poſtquam ptopoſitum eſt, corrupto. quid ſi, dum proponitur, vel ante propoſitionem, quis corruperit? ceſſant Edicti verba: Pomponius autem ait, ſententiam Edicti porrigendam eſſe ad hæc; nec improbat Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Dolo malo*, id éſt, propoſito. Doli autem mali (quod Ulpianus notat *d. l.* 7. §. 4) ideo in verbis Edicti ſit mentio: quod ſi per imperitiam vel ruſticitatem, vel ab ipſo Prætore juſſus, vel caſu, aliquis fecerit, non tenetur.

Deinde ait, *Corruperit:* puta, raſerit, deleverit, turbaverit: ut eſt apud Paulum *lib.* 5. *Sentent. tit.* 25. *&* *lib.* 1. *tit.* 20. quid, ſi tollat? verum eſt, non corrupiſſe. ſed Ulpianus *d. l.* 7. §. 5. ait, hoc Edicto & qui tollit, teneri; quamvis non corruperit. puto, quia Prætorem æque, ſi non plus, contempſit. igitur nec intereſt, utrum ſuis manibus fecerit, an alii mandaverit: ſi quidem mandavit ſciens dolo malo *d. l.* 7. §. 5: quia quod per alium fecit, per ſe feciſſe intelligitur.

Ait Prætor, *Si quis eo nomine agere volet.* Hæc verba Edicto reſtitui: eo quod Ulpianus *d. l.* 7. dicit, hoc judicium eſſe populare: & in talibus actionibus hac aut ſimili formula uti ſolet Prætot: ut apparet ex *l.* 3. *D. de ſepulchr. viol.* Datur igitur hæc actio unicuique de populo qui eo nomine agere velit: modo integra ſit ejus perſona: hoc eſt, cui per Edictum poſtulare licet: ut ad hujus Edicti verba notavit Paulus *l.* 4. *D. de popularibus actionib.* quæ eſt ex ejus lib. 3. Ad Edictum: ex quo eſt quoque *d. l.* 7.

Porro ait Prætot, *Quingentorum aureorum judicium dabo.* Aureus quantum valeat, ubi in Pandectis ſit ejus mentio, conſulant quibus hoc cordi eſt, V. Cl. Johannem Fredericum Gronovium, *De pecun. veter. lib.* 2. *c.* 5. Meo inſtituto ſufficit, quod hæc actio datur ad pœnam pecuniariam: & in eos qui inopia laborant, corpus torquendum eſſe, Ulpianus monet *l.* 7. §. 3. *D. h. t.* ut in delictis ſolet *l.* 1. §. *ult. D. de pœnis. l. ult. D. de in jus vocando. l. ult. D. de injur.* Nec illud præteribo: quod etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. *&* 3. obſervat, hanc actionem dari in ſervos: ac ſi a dominis non defendantur, eorum corpus torqueri. ſic enim apparet, quod de albo corrupto non competit in ſervi dominum noxalis albi corrupti actio: eo quod Prætor in Edicto non adjecit, *aut noxæ dedere:* (ut factum in Edicto de dejectis & effuſis *l.* 1. *D. de his qui effud. vel dejec.*) ſed ſimpliciter dixit, judicium dabo. atque ita eſt: ſi a dominis non defendantur ſervi; datur in ipſos ſervos actio extra ordinem. & quamquam ordinaria nulla eſt in ſervum actio *l.* 107. *D. de reg. jur. l.* 44. *D. de judic.* tamen nil vetat, quo minus (quod obſervat Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 40.) poſſit actio in corpus ſervile dari extra ordinem: ut *l.* 1. §. 8. *D. de his qui effud. vel dejec. l.* 3. §. *pen. D. de ſepulchr. violat. & l.* 4. *pen. D. Vi bon. rapt.* Ut ut erit: hæc actio datur ad pœnam quingentorum aureorum: ſi unus corrupit album. Sed quid, ſi unus mandavit, alter corrupit: aut plures ſimul corruperunt? quæſtio huc redit; utrum unum ſit factum omnium, an ſint plura ſingulorum facta? nam unum corruptum eſt album: tamen a pluribus. Ulpianus *d. l.* 7. §. 5, Si, inquit, alius ſine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit; qui mandavit tenebitur. ſi uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & ſi plures fecerint, vel mandaverint, omnes tenebuntur. & ſubjicit Gajus *l.* 8. *D. h. t.* omnes adeo teneri; ut non ſufficiat, unum eorum pœnam luere. & eſt ratio: quod ut ſinguli delinquunt, ita ex ſuo quiſque facto tenetur ſuo nomine: uſque adeo, ut ſi unus ſolvat ſuam pœnam, non idcirco liberet alium qui ad ſimilem pœnam ex ſuo facto obligatur *l.* 11. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.*

Inde quæſitum eſt, ſi familia alicujus album corruperit, id eſt, ſi plures, vel omnes, alicujus ſervi corruperint album: utrum oporteat dominum, ſi velit eos defendere, tot inferre pœnas, quot ſervi operam corruptioni dedere? Poterat dubitari propter ſimilitudinem Edicti: quo Prætor cavit, Si familia furtum fecit, ne in ſingulos detur pœnæ perſecutio: ſed ut ſufficiat, præſtari, quantum foret præſtandum, ſi unus liber feciſſet furtum. Sed ait Paulus *l.* 9. *D. h. t.* ſic Prætorem quidem edixiſſe, furto a familia admiſſo: ſed ſi familia album corruperit; non ſimiliter hic edicere. & addit cauſam Paulus: quia læſa Prætoris majeſtas vindicatur: id eſt, quia utile eſt, Prætoris dignitatem ſeveritate pœnæ a contemptu vindicari. addit & alteram cauſam: quod plura facta intelliguntur: id eſt, quia placuit, plura intelligi facta; eo placuit, ea pluribus pœnis coërceri. Hanc ſententiam Paulus ſequente juvat exemplo: Quemadmodum, inquiens, cum plures ſervi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt. Si vero hoc, ut poteſt, accipiatur non de actione injuriarum, & Legis Aquiliæ ſimul; ſed de ſola injuriarum actione, verbi gratia, injuria convicio facta, aut injuria verberibus illata qua etiam damnum datum ſit: nulla difficultas eſt. clare enim ſic Gajus *l.* 34. *D. de injuriis*, Si plures, inquit, ſervi ſimul aliquem cæciderint, aut convicium alicui fecerint: ſingulorum proprium eſt maleficium, & tanto major injuria, quanto a pluribus admiſſa eſt: imo etiam tot injuriæ ſunt, quot & perſonæ injuriam facientium. Datur igitur actio injuriarum adverſus ſingulos: quia in injuria, ſive ſit ſola, ut in convicio, ſive ſimul det damnum, ut illatis vulneribus, plura intelliguntur facta: non unum, ut in furto. Hoc ſane cum eſt ſervile probrum, & quodammodo domeſticum malum: (ut oſtendi *lib. ſing. Ad leg. Aquil. c.* v.) e re eſſe, credidit Præ-

Prætor, in eo dominis ſuccurrere: ne facile vel uno familiæ furto domini ſuis bonis everterentur. Sed hoc cum ſingulare in furto jus ſit: non eſt temere porrigendum ad album a familia corruptum: in quo non ſimiliter a Prætore edicitur. Et tamen *d. l. 9* ait Paulus, Octavenum credidiſſe, hic quoque, id eſt, in hoc quoque caſu, ſive in albo corrupto etiam, eſſe domino ſuccurrendum, ſi familia album corruperit. Sed ipſe Paulus putat, hoc poſſe dici; ſi plures ſervi dolo malo curaverint; ut ab alio corrumperetur album: propterea quod tunc unum ſit conſilium; non plura facta apparent. aliter ac ſi ipſa familia corruperit: nam tum non unum eſſe factum; ſed eſſe plura facta; & recte plures puniri. idemque Pomponium libro decimo notare.

TITULUS II.

Quod quiſque juris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur.

TRANSEO ad ſecundum Edictum: quod eſt de coërcendo novo atque iniquo jure. ſunt autem duo, aut, ſi malis, tria hujus Edicti capita. primum coërcet Magiſtratum qui novum jus ſtatuit. alterum punit eum qui id poſtulavit. tertium habet exceptionem. Primi capitis verba talia ſunt in *l. 1. §. 1. D. h. t. Qui Magiſtratum, poteſtatemve habebit, ſi quid in aliquem novi juris ſtatuerit, ipſe quandoque adverſario poſtulante eodem jure uti debet.* Secundi capitis verba in *d. §. 1. l. 1.* hæc ſunt. *Si quis apud eum qui Magiſtratum poteſtatemque habebit, aliquid novi juris obtinuerit, quandoque poſtea adverſario ejus poſtulante, eodem jure decernetur.* Hiſce verbis in *d. §. 1.* ſubjicitur verſus ſequens: *Scilicet, ut quod ipſe quis in alterius perſona æquum eſſe crediđiſſet, id in ipſius quoque perſona valere patiatur.* At hunc verſum non eſſe Edicti, vel me tacente, liquet. utrum autem Ulpiani ſit, an Interpretis alicujus Veteris, dubitari poſſit: quamquam hoc malim: quia nil attinebat, hic repeti ab Ulpiano, quod optime ab eo erat dictum initio *d. l. 1.* Tertii capitis verba ſervavit nobis Gajus *l. 4. D. h. t.* ſunt autem hæc. *Præterquam ſi quis eorum contra eum fecerit, qui ipſe eorum quid feciſſet.*

Reſtitui Edictum. habet autem (ut Ulpianus ait *l. 1. D. h. t.*) ſummam æquitatem, & ſine cujuſquam indignatione juſta. quis enim adſpernabitur, (hoc eſt, negabit vel recuſabit; ut Scipio Gentilis interpretatur *lib. 1. Parerg. c. 30*) idem jus ſibi dici quod ipſe aliis dixit, vel dici effecit.

Ait Prætot, *Qui Magiſtratum Poteſtatemve habebit.* Uſum his verbis fuiſſe Prætorem, exiſtimo: quamquam in *l. 1. §. 2. D. h. t.* exſtet, [*qui jurisdictioni præeſt*]. primum quia hoc deeſt in editione Hugonis a Porta, item Jacobi Vintimilii, & alibi. deinde non eſt inſolens Veteribus, Leges aut Edicta expoſitutis, ut ſint contenti verborum ſenſu; cum non opus eſt verbis ipſis: ut multis probari poſſet, niſi notum eſſet. Locum igitur habet Edicti pœna, ſi qui Magiſtratum Poteſtatemve habebit, quid novi juris in aliquem ſtatuerit. Appellatio Magiſtratus proprie pertinet ad Magiſtratus Urbanos: qui per excellentiam appellantur Populi Romani Magiſtratus; eoque ſeparantur a provincialibus *l. 12. D. de accuſation.* qui proprie non tam Magiſtratus ſunt, quam pro Magiſtratibus funguntur; itaque Pro Conſule, & Pro Prætore appellantur; cum in Urbe vocentur Conſules & Prætores. Magiſtratus igitur in Edicto eſt Urbanus Magiſtratus: Poteſtas provincialis: ut in *l. 13. §. 1. D. de juriſdiction.* & apud Suetonium, *Claudio c. 23.*

Deinde ait Prætor, *Si quid in aliquem novi juris ſtatuerit.* Prætor novum vocat jus quod eſt inſolitum; videturque id trahere in pejorem partem. proinde quod Prætori eſt *Novum*, Ulpianus *Iniquum* dixit *l. 3. D. h. t.* Eoque ſenſu Cicero, *lib. 3. in Verrem, Veniunt,* inquit, *ad Chelidonem: domus erat plena, nova jura, nova decreta, nova judicia poſtulabantur.* Similiter Tacitus *lib. 2. Annal. c. 30. Quia vetere Senatuſconſulto quæſtio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari ſingulos actori publico juſſiſſe, ut in Libonem ex ſervis ſalvo Senatuſconſulto quæreretur.*

Porro ait, *Statuerit.* Hoc verbum, inquit Ulpianus *l. 1. §. 2. D. h. t.* cum effectu accipimus, non verbotenus: & ideo ſi cum vellet ſtatuere, prohibitus ſit, nec effectum decretum habuit, ceſſat Edictum. nam Statuit verbum rem perfectam deſignat, & conſummatam injuriam, non cœptam. Ulpianus id exemplo declarat verbis ſequentibus: Er ideo inter eos qui dixerit jus, inter quos juriſdictionem non habuit, (quoniam pro nullo hoc habetur, nec eſt ulla ſententia) ceſſare Edictum putamus. Hanc addit cauſam Ulpianus. *Quid enim officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* Sic Ulpianus *d. §. 2. l. 1*: nec dubito, quin ſtatim pro ulteriore ratione ſubjici debeat hoc ex *l. 18. D. de pœnis, Cogitationis pœnam nemo patitur.* Eſt enim ea lex ex Ulpiani *lib. 3.* Ad Edictum: ex quo eſt *l. 1. D. h. t.* Pœnam autem intellige ex hoc Edicto: ut in *l. 3. §. 2 & l. ult. D. h. t.* Cogitatio vero in *d. l. 18.* non eſt ſimplex cogitatio: ſed conatus, ſeu voluntas ex deliberatione decreta, etſi conſummationem non acceperit ſemper: ut apud Ulpianum *l. 3. §. 3. in fin. D. de Senatuſc. Maced.* Suetonium *Caligul. c. 12.* & *c. 48.* item Curtium *lib. 5. 6 & 8.* qualis conatus ſeu cogitatio hic, ut alibi in levioribus delictis negligitur; etſi

in

in atrocioribus non habeat veniam. Sed hoc jam obſervavit Cujacius *lib.* 15. *Obſerv. c.* 25.

Vult igitur Prætor: ut Magiſtratus eodem utatur jure quod ſtatuit erga alios: præſertim ſi quid novi juris ipſe effecit ſciens dolo malo. nam ſi Aſſeſſoris errore aut imprudentia aliter jus dictum ſit, quam oportuit; ait Paulus, non debere hoc Magiſtratui officere, ſed ipſi Aſſeſſori *l.* 2. *D. b. t.* & recte: nam, ut oſtendi *lib.* 1. *De juriſd. & imper. c.* 10, Aſſeſſoris officium eſt, jus ſuggerere Magiſtratui, ſicut ſe juris Studioſum profitetur, & hac ratione in Conſilium adhibetur *l.* 1. *D. de offic. Aſſeſſor. & l.* 1. *C. eod. tit.* Magiſtratus contra magis armorum, quam legum, peritiam profitetur; & cum jus dicit, tantum Aſſeſſorum verba pronunciat. Non opus aliis: clare Cicero *Pro Plancio*, *In Magiſtratibus*, inquit, *ſi qua eſt ars; Populus Romanus facile patitur: ſin minus, virtute eorum & innocentia contentus eſt. quotus enim quiſque diſertus, quotuſquiſque juris peritus eſt?* Igitur quod Magiſtratibus deeſt circa legum ac juris intelligentiam, hoc quia Aſſeſſorum prudentiæ peritiæque commendatur, eſt quidem Magiſtratibus ipſorum dolus imputandus: ſed juris error atque imprudentia non in illis, ſed in Aſſeſſoribus coërcendus.

Ex ſuperioribus, ut fit, etiam alia naſcitur quæſtio: ſi filius meus in Magiſtratu incidit in hoc Edictum: an in his actionibus quas ex ejus perſona intendo, huic Edicto locus ſit? Sed non putat Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. b. t.* & hanc adfert cauſam: Ne mea conditio deterior fiat.

In ſecundo Edicti capite punitur is, qui jus iniquum adverſus aliquem poſtulavit: modo id impetraverit. nam ſic ait Prætor, *Si aliquid novi juris obtinuerit.* vice etiam verſa obtinuiſſe non ſufficit, niſi poſtulaverit. Hoc obſervat Ulpianus *l.* 3. *D. b. t.* ait enim, ſi quis iniquum jus impetraverit adverſus aliquem: ita demum eo jure uti, ſi hoc venerit per ejus poſtulationem. cæterum ſi ipſo non poſtulante, Magiſtratus inique jus dixerit, non coërceri: quia non deliquit. quid, ſi impetravit jus iniquum, ſed eo non eſt uſus? ait Ulpianus *d. l.* 3 ſufficere, impetraſſe. nam ſive uſus eſt jure iniquo, (ſic lege, *iniquo*, quamquam ubique eſt *aliquo*) ſive impetravit, ut uteretur, licet uſus non ſit, hoc Edicto puniri. Et recte: quia Prætor ad pœnam nihil deſiderat; niſi ut obtinuerit. Interim oportet eſſe poſtulatum ab ipſo qui punitur hoc Edicto. fac tamen, non me, ſed procuratorem meum petiiſſe: uter eodem jure utetur; procurator, an ego? ſed putat Pomponius, non puniri procuratorem: quia nihil cedit ejus commodo, niſi ſit in rem ſuam procurator. magis putat, me puniri: idque probat Ulpianus; utique ſi hoc ei ſpecialiter mandavi, ut poſtularet, vel ratum habui, quod poſtulavit. non idem eſſe inquit in tutore, aut curatore furioſi vel adoleſcentis. ſed ſi hic poſtulaverit: convenire utilitati pupilli, tutorem ipſum hoc Edicto coërceri *d. l.* 3. §. 1.

Porro ait Prætor, *Quandoque poſtea adverſario ejus poſtulante, eodem jure adverſus eum decernetur.* Ex his verbis apparet, hujus Edicti pœnam tum demum exerceri, ſi quis eam poſtulet adverſus eum qui jus iniquum impetravit. quod ſi nemo eam poſtulet adverſus ipſum, integrum ei ſervari jus commune. cæterum ſi quis volet hac uti pœna: nihil refert, qualis is ſit. ſic enim accipienda ſunt Edicti verba; quaſi pœna eis ſtatuatur adverſus omnem qui in Edictum incidit: non ſolum poſtulante eo qui ab ipſo læſus ſit: ſed omni qui quandoque experiatur *d. l.* 3. §. 2. *D. b. t.*

Igitur voluit Prætor, eum qui obtinuit jus iniquum, eodem jure uti. de herede quid dicemus? etiam ad eum hanc tranſmitti pœnam? ait Ulpianus, Julianum ſcribere, non ſolum ipſi denegari actionem; ſed etiam heredi ejus *d. l.* 3. §. 5. forte, ſi agat ex defuncti perſona: non etiam, ſi ex ſua propria. quid ni enim heres, utens ejus jure & nomine, ſicut ejus vitio, ſic ejus pœnæ ſuccedat? Præterea monet Ulpianus §. 6. *d. l.* 3, Julianum quoque non ſine ratione ſcribere, eum qui Edictum offendit, non ſolum pœnam Edicti pati in his actionibus, quas tunc habuit, cum incideret in Edictum: verum ſi quæ poſtea ei adquirentur. Sed quid, ſi qui poterat uti hoc Edicto, eo non ſit uſus, & ſolverit quod debebat: an poteſt ſolutum repetere, tamquam indebitum ex hac cauſa? negat Ulpianus *d. l.* 3. §. 7: & præfatur, naturalem ſupereſſe obligationem quæ inhibeat repetitionem.

Poſtremo Edicti capite ait Prætor: *Præterquam, ſi quis eorum contra eum fecerit, qui ipſe eorum quid feciſſet.* Et recte: ne ſcilicet vel Magiſtratus, dum ſtudet hoc Edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio hujus Edicti uti, ipſe in pœnam ipſius Edicti incidat *l. ult. b. t.*

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

Ex tribus Edictis quæ tuendæ juriſdictioni propoſita fuiſſe dixi, ſupereſt tertium, conceptum in hæc verba. *Si quis jus dicenti non obtemperaverit: quanti ea res eſt, intra annum adverſus eum judicium dabo.* Hæc verba collegi ex *Rubrica* & *l. unica b. t.* nec dubito, fuiſſe plura. eſt enim veriſimile, etiam in Edicto fuiſſe a Prætore propoſitum, cui danda

da ſit hæc actio; & cui applicanda pœna, in Edicto expreſſa. at neutrum ex hoc Titulo intelligitur.

Utcumque erit: promittit Prætor, ſe daturum actionem, *Si quis jus dicenti non obtemperaverit.* Jus autem dicentem accipe omnem Magiſtratum, cum Urbanum, tum Provincialem. an & Municipales, ut Duumviros? Ulpianus negat *l. unic. h. t. Omnibus*, inquiens, *Magiſtratibus, non tamen Duumviris, ſecundum jus poteſtatis ſuæ conceſſum eſt, juriſdictionem ſuam defendere pœnali judicio.* Sic Florentiæ & in Norico exemplari recte legi, dudum obſervavit Antonius Auguſtinus *lib. 3. Emend. c. 6. in fin.* etſi in quibuſdam libris pro *non tamen* ſit *non tantum.*

Ait Prætor, *Non obtemperaverit.* Hæc verba ſic exponit Ulpianus *d. l. unic.* §. 1. *Is videtur jus dicenti non obtemperaſſe, qui quod extremum in juriſdictione eſt, non fecit: veluti ſi quis rem mobilem vindicari a ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus eſt: cæterum ſi & ſequentia recuſavit, tunc non obtemperaſſe videtur.* Huc uſque Ulpianus. ſed quid vocat *extremum?* non ſolet hoc attingi ab Interpretibus; cum ſit elegantis inquiſitonis. puto autem, eſſe hoc verbum petitum a Philoſophis: apud quos actionis cujuſque finis, ſive actionis cujuſque cauſa, ſive quod in actione eſt optimum, ejus extremum appellatur. Non arceſſam longe exempla: ſic Cicero *lib. 2. De finibus c. 2. Nam hoc ipſum ſive finem, ſive extremum, ſive ultimum definiebas id eſſe quo omnia quæ recte fierent, referrentur, neque id ipſum uſquam referretur.* Et *c. 3. Hoc vero optimum, ut is qui finem rerum expetendarum, voluptatem eſſe dicat, id extremum, id ultimum bonorum; id ipſum quid ſit, quale ſit, neſciat.* Et *lib. 3. c. 7: Nec enim gubernationi aut medicinæ ſimilem ſapientiam eſſe arbitramur, ſed actioni illi potius, quam modo dixi & ſaltationi, ut in ipſa arte inſit, non foris petatur extremum, id eſt, artis effectio.* Et paulo poſt. *Cum enim hoc ſit extremum (ſentis enim, credo, me jam diu, quod τέλος Græcus dicat, id dicere tum extremum, tum ultimum, tum ſummum) cum ergo hoc ſit extremum, congruenter naturæ convenienterque vivere.* Inde *lib. 4. c. 11. ejuſdem Operis*, animantis *extremum*, finis ob quem factum animal: ſicut in propoſito apud Ulpianum, juriſdictionis *extremum*, executio, ſeu finis, ob quem jus dicitur. Proinde, ut ad rem veniam, ſi quis conventus rei vindicatione, fuit contumax; eoque non eſt paſſus, rem mobilem a ſe vindicari, ſed eam duci vel ferri paſſus eſt; is non incidit in hoc Edictum: quia fecit quod in juriſdictione eſt extremum. cæterum ſi & ſequentia recuſavit: tunc non obtemperaſſe videtur: id eſt, ſi non fecit ea quæ ſequuntur rei vindicationem; ſive ſi poſt latam ſententiam non eſt paſſus, rem a ſe abduci aut auferri, qui eſt finis rei vindicationis: non obtemperavit jus dicenti; quia non obſervavit extremum juriſdictionis. Inde viſum Balduino *Not. ad h. t.* & Ranchino *lib. 3. Var. lect. c. 15*, ita ſcribere in *d.* §. 1. *Is non videtur jus dicenti non obtemperaſſe qui quod extremum in juriſdictione eſt, fecit: veluti ſi quis rem mobilem vindicari a ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus eſt. cæterum ſi & ſequentia recuſavit, tunc non obtemperaſſe videtur.* Sic illi. at veriſimilius eſt, attendentibus ad Edicti verba, maluiſſe Ulpianum definire, quis in Edicto non videatur obtemperare jus dicenti, quam definire, quis dicatur ei obtemperare. Conſtabit autem receptæ lectioni ratio: ſi putemus, eſſe Ellipſin poſt hæc verba, *Veluti ſi quis rem mobilem vindicari paſſus non eſt, ſed duci eam, vel ferri paſſus eſt*; & ſubaudienda eſſe verba, *jus dicenti obtemperaſſe videtur.* Talem Ellipſin D. Cujacius hic, & in *l. 12. D. de captivis*, notavit *lib. 24. Obſerv. c. 25. & c. 31.* Ita ſine emendatione ſequitur illud, *Cæterum*, & reliqua. Punitur igitur hoc Edicto ille qui jus dicenti non obtemperat. Quid, ſi is ſit procurator tuus, vel tutor, vel curator? ait Ulpianus *l. unic.* §. 2. *D. h. t.* ipſum puniri, non dominum, vel pupillum. Nec movet: quod præcedente Titulo contra eſt dictum ex *l. 3.* §. 1, non puniri procuratorem qui iniquum jus impetravit: ſed dominum qui ei mandavit poſtulare. Nam facile a pœna excuſatur qui jus novum verecunde poſtulavit a Magiſtratu, cum poſſet ignorare Edicti ſeveritatem. ſed quam habet excuſationem qui manifeſta vi reſiſtit executioni Magiſtratus contra bonos mores quos ignorare in civili ſocietate non potuit *l. 199. D. de reg. jur?* Illud magis mirere: quod deinde in §. 3. *d. l.* ait Ulpianus, *Non ſolum autem reum qui non obtemperavit, hoc Edicto teneri, Labeo ait; verum etiam petitorem.* Ut enim reo facile incumbat Edictum, ſi actori condemnatus ſit: ubi tamen reo condemnatur actor? Sed videamus, ne id locum inveniat in mutuis petitionibus.

Porro ait Prætor: *Adverſus eum, quanti ea res eſt, judicium dabo.* In his verbis proponitur actio in factum, non ad id quod intereſt, ſed quanti ea res eſt: hoc eſt, quanti ea contumacia a Judice pro re nata æſtimabitur: ut ſolet fieri, ubi definita pœna non eſt. Dabitur igitur agenti actio, quanti ea res eſt, etſi nihil interſit ejus. atque hoc ſi eſt: veriſſime ait Ulpianus *d. l. unic.* §. *ult.* ei conſequens eſſe, ut meram pœnam contineat: ideoque detur quidem adverſus ipſum qui non obtemperaverit jus dicenti: ſed in heredem non detur: neque magis poſt annum. Cæterum, ut initio monui, cui eam actionem dari, & pœnam cedere velit Prætor, ex hoc Ulpiani Fragmento conjici nequit: etſi in Edicto olim id fuiſſe ſcriptum, mihi perſuadeam. ſed hodie liquet nuſquam: & ideo non eſt una Interpretum ſententia: aliis utramque eam

acto-

actori, aliis unicuique de Populo, concedentibus. Quod diſcrepat ſit in medio. tu vide ſis Jacobum Cujacium *d. lib.* 24. *Obſerv. c.* 25. & Emundum Merillium *lib.* 1. *Variantium ex Cujacio c.* 6. ipſe nihil definiam pro certo in re facti; in qua tam hoc, quam illud, fuiſſe poteſt: ſine Veterum auctoritate non probans ratiocinationem plerumque fallacem aut vanam, etſi ſæpe non improbabilem.

TITULUS IV.

De in jus vocando.

Post tractatum de juriſdictione, ſequitur, ut explicetur ordo quo in jure, inque judiciis procedi debeat. Non eſt autem dubium, quin non oporteat ſumi initium ab executione. contra debet actio prius dirigi adverſus reum; inde lis conteſtari; poſtremo ſententia ferri, cauſa cognita *l.* 1. *C. de execut. rei judic. l. unic. C. de probib. ſequeſtr. pecun. l.* 40. *D. de minorib.* adeo vere ait Imperator §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* omnium actionum inſtituendarum principium proficiſci ab ea parte Edicti quod eſt de in jus vocando.

Solet autem in jus vocare a multis confundi cum citare: cum Veteres utrumque verbum diſtinxerint. dixerunt enim, citari reum; ubi ipſa cognitionis die, ei ante dicta per in jus vocationem, ſequentemque ſtipulationem, in foro, inque tribunali, etiam in judicio, (nam ad hoc quoque citatio pertinet) voce præconis evocatur; ut appareat, utrum præſens ſit, an non ſit: idque ſæpius fieri poteſt *l.* 7. *D. de in integr. reſtit. l.* 73. *D. de judic. l.* 10. *D. de public. judic.* cum in jus vocatio fiat ſemel, & tantum ad eum qui jus dicturus ſit *d.* §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* ut dudum obſervavit Duarenus *lib.* 1. *Diſput. anniv. c.* 7.

Eſt igitur in jus vocare, ad Prætorem vocare: nam jus eſt locus, ubi Prætor jus dicit, ſalva majeſtate imperii ſui *l. pen. D. de juſt. & jur.* dicitur tamen etiam in judicium vocare eodem ſenſu, quo in jus vocare *l.* 1. §. 3. *D. de admin. tutor. l.* 3. *D. de eo per quem fact. erit. l.* 2. §. 2. *D. Qui ſatisd. cog.* eodemque modo cautio judicio ſiſti dicitur pro ſiſti ad Prætoris ſellam *l.* 1. *& l.* 2. §. 1. *D. Si quis in jus vocat. non ier.* quia (ut vidit Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 10.) Prætor Judex eſt vetere appellatione; & a Prætore agendi poteſtas permittitur, cum ab eo poſtulatur actio, cum exceptio, Judex etiam; denique omnis conceptio futuri judicii conſtituitur, data formula, dato Judice, & die, quo ad eum, poſt litis conteſtationem (nam inde incipit acceptum judicium *l. unic. C. de lit. conteſt.*) non juris, ſed facti, diſcutiendi cauſa adeatur. Eſt igitur in jus vocare ad Prætorem vocare. Ulpianus *l.* 1. *b. t.* reſpiciens ad finem vocationis in jus ait, in jus vocare eſſe juris experiundi cauſa vocare. Dixi, quid ſit in jus vocatio.

Quæris, quomodo fiat? dicam, aliam eſſe formam ex Duodecim Tabulis, aliam jure novo. olim ex Duodecim Tabulis privatim fiebat per actorem: nec erat Prætoris permiſſu opus; ne apparitore quidem. quin ultro licebat actori, dicere occurrenti ſibi in via debitori: ambula in jus; ſequere in jus; ego te in jus voco, aut ſimile: ut ex comœdiis Plauti & Terentii omnibus notum. tenebatur vero ſic vocatus vocantem ſequi in jus, & quidem illico. quod niſi faceret: erat actori jus, aliquos ex prætereuntibus, aut amicis eum in finem advocatis, anteſtari, id eſt, rogare, vellentne eſſe teſtes. quibus affirmantibus, velle: deinde permittebatur actori, poſt attractam eorum aurem (id enim fiebat, cum adjectione verbi, *memento*) reo moranti, aut fruſtranti, aut pedem ſtruenti ad fugam, manum injicere; eumque obtorto collo ducere & trahere in jus, etiam invitum. Rem totam ſic deſcribit Horatius *lib.* 1. *Sermon. Sat.* 9.

—— Caſu venit obvius illi
Adverſarius, & quo tu, turpiſſime, magna
Exclamat voce. Et licet anteſtari? ego vero
Oppono auriculam: rapit in jus. clamor utrimque,
Undique concurſus. ——

Hoc jus erat, ſi præſens eſſet reus. at ſi latitaret, aut aliter non eſſet actori poteſtas cum eo agendi: ſolebat actor die poſtulationum implorare Prætoris auxilium. Prætor vero, re ſummatim cognita, jubebat reum evocari ad ſui defenſionem aut denunciationibus, ſi ita domi latitaret, ut aditum ad ſe admitteret; aut edictis, ſi aditum ad ſe non præſtaret; aut literis, ſi Roma abeſſet. quod ſi reus non pareret primæ Prætoris evocationi: decernebat Prætor ſecundam, & actorem ſimul mittebat in bona latitantis, fere cuſtodiæ gratia. ac ſi tertium evocatus non compareret ad ſui defenſionem: jam non procedebatur ad ſententiam; (non enim hoc erat moris ante litem conteſtatam; nec magis erat locus edicto peremptorio, de quo agitur *l.* 68. *& ſeqq. D. de judic.* ut male exiſtimavit Scipio Gentilis *lib. ſing. Origin. pag.* 286. nam & hoc demum habuit uſum poſt litem conteſtatam *l.* 71. *&* 73. *D. eod. tit.*) ſed Prætor altero decreto rei bona ab actore poſſideri ac diſtrahi poſt triginta dies jubebat. id indicat Paulus *l.* 19. *b. t.* plenius Ulpianus *l.* 21. §. 2. *D. Ex quib. cauſ. maj.* ſed pleniſſime Jacobus Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 10, & Carolus Sigonius *lib.* 1. *De judic. c.* 18. Saltem addam hoc Plauti *Aulul.* 2. 4.

Pulmentum pridem ei eripuit milvus:
Homo ad Prætorem deplorabundus venit.

Digitized by Google

Inſit ibi poſtulare plorans, ejulans,
Ut ſibi liceret milvum vadarier.

Sic fuit ex Duodecim Tabulis. idemque obtinuit jure Pandectarum: mitigatum tamen Edicto Prætoris. quo de porro acturus ero. Explicantur autem ſub hoc Titulo tria capita. primo vetuit Prætor, quaſdam perſonas omnino vocari in jus. altero permiſit, quaſdam vocari quidem, ſed non aliter, quam ante venia a ſe impetrata. poſtremo in eum qui ſecus fecerit, poſuit pœnam quinquaginta aureorum. Tenor primi capitis magna ex parte intelligitur ex Ulpiano, Calliſtrato, & Gajo *l.* 2. 3. 4. *&* 22. *h. t.* Tantum in tranſcurſu annotabo, quod Ulpianus in *d. l.* 2. nominat Magiſtratus *qui habent imperium, qui poſſunt aliquem coërcere, & jubere in carcerem duci.* Tales vero ſunt Magiſtratus majores, a quibus minores diſtinguit Ulpianus *l.* 32. *D. de injuriis.* In eadem *l.* 2. ait Ulpianus, *Nec Pontificem dum ſacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde ſe movere non poſſunt.* Jacobus Rævardus *lib.* 1. *Var. c.* 6. emendat, *inde ſemoveri non poſſunt.* Sed ſervanda vetus lectio, *inde ſe movere:* cujus ſenſus, *inde diſcedere:* ut in *l. pen. D. de vacat. mun.* quod animadvertit Cujacius *lib.* 13. *Obſerv. c.* 29. ac ſpectat huc illud Senecæ *lib.* 1. *De tranq. anim. c.* 10: *Quoſdam exilia uno loco tenent, quoſdam ſacerdotia.* In eadem *l.* 2. ait quoque Ulpianus, *Nec eum qui in cauſa publica equo publico tranſvehatur.* Ad hunc locum poteſt referri Livius *lib.* 9. *in fin.* & Suetonius *Octavio c.* 38. Superioribus exemplis addi poſſunt alia. primum eſt, ſi in jus vocatus ſatis aut cautum dederit, vel quis ejus perſonam defendet; vel ſi dum in jus venitur, de re tranſactum fuerit. nam vocatum vel ſic excuſari a neceſſitate ſequendi in jus, apparet *l.* 22. *h. t.* & *infra Titulo* VI *&* VIII. Simile exemplum eſt, ſi quis ſe receperit intra domum ſuam. innuit Cicero *Pro domo c.* 42. Verba Ciceronis. *Quid eſt ſanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuſcujuſque civium? hic aræ ſunt, hic ſoci, hic dii penates, hic ſacra, religiones, cæremoniæ continentur: hoc perfugium eſt ita ſanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas ſit.* Sic Cicero. Nec minus Gajus *l.* 18. *h. t. Plerique*, inquiens, *putaverunt, nullum de domo ſua in jus vocari licere: quia domus tutiſſimum cuique refugium, atque receptaculum ſit: eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* Si tamen reus aditum ad ſe præſtet, aut ex publico conſpiciatur; Julianus, Paulo teſte lib. 1. Ad Edictum, ait recte in jus vocari eum *l.* 19. *h. t.* id eſt, ei diem dici. ita etſi is qui domi eſt, interdum in jus vocari poſſit; tamen de domo ſua nemo extrahi debet: ut idem Paulus eodem libro monet *l.* 21. *h. t.* Eodem & ſequens ſpectat argumentatio apud Quintilianum *lib.* 7. *Inſt. Orat. c.* 8. p. 556. *Ex domo in jus educere ne liceat: tabernulis eduxit.* Inſuper ait Gajus *l.* 20, etam licere in jus vocari a vinea, balneo, & theatro. Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 38, motus auctoritate Græcorum, *Baſilic. lib.* 7. *tit.* 8. *tom.* 1. *pag.* 332, pro *vinea* probabiliter mavult, *janua*, vel *janea:* licet Veterem ſcripturam defendat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib.* 4. *tit.* 2. *p.* 316. Porro ait Gajus *h. t. l.* 22, Neque impuberes puellas quæ alieno juri ſubjectæ eſſent, in jus vocare permiſſum eſſe. Præterea poſſit huc adduci *l.* 4. *D. de judic.* conjungenda cum *l.* 107. *D. de reg. jur.* cum utraque ſit ex eodem Gaji lib. 1. Ad Edictum provinciale: item *l.* 48. *D. de verb. ſign.* ſed quia has expoſuere Jacobus Cujacius *lib.* 7. *Obſerv. c.* 16, & Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 107, ſatis erit, indicaſſe, ubi quod opus ſit, inveniri queat.

Secundum Edicti caput Ulpianus *l.* 4. §. 1. *h. t.* ſic repræſentat. *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronæ, in jus ſine permiſſu meo ne quis vocet.* Hæc verba cum Ulpianus, tum Paulus in *d. l.* & aliquot ſequentibus exponit late. At Modeſtinus rem paucis abſolvit *l.* 13. *h. t.* ſic ſcribens: *Generaliter eas perſonas quibus reverentia præſtanda eſt, ſine juſſu Prætoris in jus vocare non poſſumus.* Sed Modeſtini brevitas non eſt ſine difficultate. eſt enim dubitatum quibus debeatur reverentia: quando & præceptoribus & ſenibus eam præſtari, ipſa ſuadet humanitas. De præceptoribus Seneca *Epiſt.* 64. & pulchre. æque Juvenalis *ſat.* 7. *verſ.* 209.

– – – Præceptorem ſancti voluere parentis
Eſſe loco. – – –

De ſenibus conſtat ex *l.* 5. *D. de jur. immunit.* apud Ovidium quoque eſt.

Magna ſuit quondam capitis reverentia cani.

Sed mihi verior videtur eſſe ſententia exiſtimantium, a Modeſtino indicari reverentiam non qualem qualem, ſed legis neceſſitate præſtandam, neque excedentem appellationes in Edicto expreſſas: inter quas eſt patroni heres, etſi extraneus, item patroni uxor *l.* 1. *&* 2. *C. h. t.* addamus perſonas proximas parentibus, ſive quæ ut parentes honeſtiſſime ſalutantur: quales ſunt ſocer, ſocrus, vitricus, noverca. optime Plinius *lib.* 7. *Nat. hiſt. c.* 13. *Q. Metellus Macedonicus cum ſex liberos relinqueret, undecim nepotes reliquit, nurus vero, generoſque, & omnes qui ſe patris appellatione ſalutarent, viginti ſeptem.* Vitrici quoque affectus paternus laudatur *l.* 15. *C. de negot. geſtis.*

Ait Prætor, *In jus, niſi permiſſu meo ne quis vocet.* Recte: permiſſurus enim eſt, ſi famoſa actio non ſit, vel pudorem non ſugillat, qua patronus convenitur, vel parentes. & totum hoc, cauſa cognita, debet facere. nam interdum etiam ex cauſa famoſa, ut Pedius putat, permittere debet, patronum in jus vocari a liberto: ſi eum graviſſima injuria affecit, flagellis forte cæcidit *l.* 10. §. 12. *D. h. t.*

Tertium Edicti caput proponit Ulpianus *l.* 24. *D. h. t.* his verbis: *In eum qui adverſus ea fecerit, quinquaginta aureorum judicium datur.* Senſus tamen hujus Edicti ſic non eſt plenus. cui enim competat hæc actio, in his verbis non exprimitur. etſi probabile eſt, eam dari ei qui injuria affectus ſit: non Fiſco. præbet argumentum: quod non poteſt remitti a Fiſco *l.* 2. *C. h. t.* ut ab eo non remittuntur cætera privatorum jura *l.* 2. *l. ult. C. Si contra jus vel util.* Datur ergo hæc actio ipſi in jus vocato. an & heredi ejus? non puto: ut nec in heredem datur; nec ultra annum *d. l.* 24. quia eſt pœnalis. hoc amplius ſimilis actioni injuriarum: quæ non magis heredi datur, quam adverſus heredem §. 1. *Inſt. de perpetuis & tempor. act.* Ad quid detur hæc actio, vix opus quæri: apparet enim, dari ad pœnam quinquaginta aureorum. Illud quæri poſſit: an ſemper detur? ſcio: generalia ſunt Edicti verba. ſed Paulus *l.* 11. *D. h. t.* ſic ſcribit. *Quamvis non adjiciat Prætor, cauſa cognita ſe pœnale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam juriſdictionem.* Et adfert hoc exemplum Paulus: veluti, ſi pœniteat libertum, & actionem remittat; vel ſi patronus vocatus non venerit; aut ſi non invitus vocatus ſit: licet Edicti verba non patiantur. An & ruſticitati, ſeu imprudentiæ, aut ætati, parcitur? poſſit dubitari: quia Paulus *l.* 108. *D. de regulis juris* quæ eſt ex ejus *libro* IV. Ad Edictum, ex quo & *d. l.* 11. (& multæ aliæ hujus Tituli) *Fere*, inquit, *in omnibus pœnalibus judiciis & ætati & imprudentiæ ſuccurritur.* Sed meditate ait Paulus, Fere in omnibus pœnalibus judiciis ſuccurri ætati & imprudentiæ. nam in hoc Edicto ruſticitati non dari veniam, Nocturno cuidam clare reſcripſit Gordianus *l.* 2. *C. h. t.* & cauſatur; quod naturali ratione honor hujuſmodi perſonis debetur.

Hactenus expoſui jus XII. Tabularum, itemque Edicti perpetui, ſolitum in Pandectis obſervari circa in jus vocationem. ſed deinde paulatim abolitum, maxime ſub Græcis Imperatoribus: in quorum Conſtitutionibus frequens mentio conventionis, per viatorem executoremve faciendæ: ut in *l.* 3. & 7. *C. de præſcriptione trig. vel quadrag. ann. l.* 3. *C. de annal. except.* etiam dicitur generaliter in *l. ult. C. de exhib. reis*, neminem eſſe in judicio exhibendum, niſi de cujus exhibitione Judex pronuntiarit.

Tandem Juſtinianus in Novellis hanc introduxit formam in jus vocationis: ut primum actor libellum deponat apud acta. hunc apparitor reo offerat, itaque eum vocet in jus. reus vero ſimul acceperit conventionalem libellum, ei ſubſcribat, ſuperſcribatque ex adverſo libelli, ſe eum tali accepiſſe die: ac, niſi malit ſtatim comparere, dato fidejuſſore caveat de judicio ſiſti: & ſolvat pro conventione ſportulas. E diverſo actor quoque reo præſtat cautionem de conteſtanda lite intra duos menſes ſub pœna dupli, ob damnum ſportularum, item de permanendo in judicio uſque ad finem litis; nec non de decima parte quantitatis libello comprehenſæ ſumptuum nomine adverſario præſtanda, ſi judicatus erit, litem temere moviſſe. Peracta ad hunc modum vocatione, indulgentur reo ad deliberandum, utrum velit cedere, an contendere, & coram eo Judice ad quem vocatus eſt, reſpondere, viginti dies numerandi ab eo die quo reus per apparitorem in jus vocatus eſt. ita in *Novell.* 53. 96. & 112: unde deſumpta eſt *Authentic. Offeratur,* & *Auth. Libellum C. de litis conteſtatione.*

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non ierit: ſive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.

Hic Titulus pertinet ad tuitionem vocationis in jus: quam a privatis fieri ſinebat Lex Duodecim Tabularum. jubebat quidem illa, in jus vocatum ſtatim ſequi vocantem; ſed interim pœnam, ſi fruſtraretur, non addebat. tantum patiebatur, reum, prævia anteſtatione, rapi & duci in jus. igitur Prætor, ut ſuccurreret verecundiæ eorum qui a vi illa, quamquam permiſſa, abhorrerent; ſimul Legis voluntatem exequeretur: Edicto cavit; ut in jus vocatus ex quacumque cauſa, veniat ad eum qui juriſdictioni præeſt: ad hoc, ut ſciatur, an ejus ſit juriſdictio. auctor Paulus *l.* 2. *D. h. t.* Ulpianus *l.* 5. *D. de judiciis* plus poſtulat, eum quamquam ex aliena juriſdictione vocatur, venire debere: idque Legatos facere inquit; ne contemnant jus dicentis majeſtatem.

Quod ſi in jus vocatus non ierit: ait Paulus *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* quod ex cauſa a competente Judice multa pro juriſdictione Judicis damnabitur. ſed excuſabitur qui per ruſticitatem non venit. item, ſi nihil interſit actoris, adverſarium eo tempore in jus veniſſe; remittit Prætor pœnam: puta, quia feriatus dies fuit. Simile dicendum eſt, ſi forte in jus vocatus ſit quem ex ſuperiore Edicto in jus vocari non oportuit. nam is neque ſequi tenetur, neque duci debet: ut apparet ex hac Rubrica, itemque ex Inſcriptione *l.* 48. *D. de verb. ſignif.* nec inveriſimile eſt, (quod Ranchinus putat) caput Edicti fuiſſe tale. *Si quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit, qui vocatus erit, neque ſequatur, neque ducatur.* de quo loco erudite Cujacius *lib.* 7. *Obſerv. c.* 16. Quid, ſi vocatus non pertineat ad

ad jus dicentis juriſdictionem? adhuc venire eum debere, apparet ex *d. l. 5. D. de judiciis*: quæ eſt ex Ulpiani Commentario ad hoc Edictum: monſtrante Inſcriptione. Quid, ſi venerit, & jus ſuum allegaverit? ſufficit: ac ſi deinde non pareat jus dicenti: ei impune eſt *l. ult. D. de juriſdict. & l. 53. §. ult. D. de re judicata.*

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.

HOc Titulo Prætor etiam a neceſſitate ſequendi liberavit eos qui vocati in jus, parati ſunt idoneë ſatiſdare, judicio ſiſti certo die. dedit id occupationibus, atque ipſi prope humanitati. poſt hoc igitur Edictum ſufficit in jus vocato alterutrum, aut ire, aut ſatiſdare: & qui duxerit nihilominus, injuriarum tenetur. dandus tamen fidejuſſor locuples pro rei qualitate: niſi forte ſit perſona neceſſaria quæ in jus vocetur: ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor; & in eum qui non accepit, cum ſciret, eam neceſſitudinem perſonarum, promiſit quinquaginta aureorum judicium: quoniam pro locuplete accipitur fidejuſſor in neceſſariis perſonis *l.* 1. 2 *&* 3. *D. h. t.* Sed de his latius infra *Tit.* 8. hujus libri.

TITULUS VII.

Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat.

EDICTUM hujus Tituli ſic concepit Ranchinus. *Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat, neve faciat dolo malo, quo magis eximatur. ſi adverſus ea factum fuerit, in factum, quanti ea res eſt, judicium dabo.* Indicio ei ipſe *Titulus:* item *l.4.§.2. cum l.5. D. h. t.* Propoſuit autem Prætor hoc Edictum: ut metu pœnæ compeſceret eos qui in jus vocatos vi eripiunt. eratque hæc pœna neceſſaria. nam cum in jus vocatio, ſequenſque ductio violenta, clamore faceret plerumque hominum concurſum; ut ſupra apparuit ex Horatio *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 9. fiebat aliquando, ut reus de manibus vocantis eximeretur. quod ne fieret, edixit Prætor, Ne quis eum qui in jus vocatus, vi eximat; & ſi contra fiat, propoſuit in factum actionem. Hoc autem verbum, *Ne quis* tam marem, quam fœminam continet *l.* 1. *D. de verb. ſignif.*

Ait, *in jus vocabitur*: id eſt, ad Prætorem: ut ſupra dictum. nam ſi quis eximat vocatum ad pedaneum judicem: ceſſabit pœna hujus Edicti. *l. 3. §. 1. D. h. t.*

Ait, *Vi eximat*. Verbum *Eximendi* eſt generale; & diſtinguitur a rapere. Eripere enim eſt, de manibus per vim auferre. Eximere, quoquo modo auferre: ut puta, ſi quis non rapuerit quem, ſed moram fecerit, quo minus in jus veniret: ut actioni dies exiret, vel res tempore amitteretur. ſed & ſi eo loci retinuerit, non abduxerit: videbitur exemiſſe, quamvis corpus non exemerit *l.4.D.h.t.* itaque exempta actio dicitur *l. 26. §. 4. D. Ex quibus cauſis majores.* Plane cum ait Prætor, *vi eximat*, ad effectum reſpicit: & recte monet Ulpianus *l. 5. §. 2. D. h. t.* actorem debere docere, per hanc exemptionem eſſe factum, quo minus reus in jus produceretur. nam ſi nihilominus in jus productus eſt: ait, ceſſare pœnam; & præfatur, quod verba cum effectu accipienda ſunt.

Ait igitur Prætor, *Vi eximat*. An & dolo? Ulpianus *l. 3. §. 2. D. h. t.* ſufficit, inquit, vi, quamvis dolus malus ceſſet. Fac: (quod me docuit Bachovius, *ad Part.* 1. *Pand. p.* 480 *& ſeq.*) aliquis vi exemit eum quem per errorem putat non potuiſſe in jus vocari. non eſt dolus. tamen vis eſt: & hæc Edicto ſufficit, etſi errore admiſſa ſine dolo.

Ait Prætor, *Neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur.* Si per alium quis exemerit: hac clauſula tenetur, ſive præſens fuit, ſive abſens *l. 5. D. h. t.* quod autem addit Prætor, *Dolo malo*, recte addit. nam poteſt ſine dolo malo id fieri: veluti, cum eſt juſta cauſa exemptionis *l. 4. §. ult. D. h. t.* Ea res movit Ofilium, ut putaret, non eſſe Edicto locum, ſi perſona quæ in jus vocari non potuit, exempta eſt: veluti parens & patronus, cæteræque perſonæ. & ait Ulpianus, quod ea ſententia ipſi videtur verior: & ſane, inquit, ſi deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit *l. 1. §. 2. D. h. t.* Ulpiano ſubſcribit Paulus *l. 2. D. eod.* nam, inquiens, cum uterque contra Edictum faciat, & libertus qui patronum vocat, & is qui patronum vi eximat; deteriore tamen loco libertus eſt, qui in ſimili delicto petitoris partes ſuſtinet. Eadem æquitas eſt in eo qui alio quam quo debuerat, in jus vocabatur. Sed & fortius dicendum eſt, non videri vi eximi eum cui ſit jus ibi non conveniri. Quod ſi quis exemit ſervum in jus vocatum, Pedius putat, ceſſare Edictum: quoniam non fuit perſona quæ in jus vocari potuit. *l. 3. D. h. t.* quia cum ſervo nulla actio eſt: ut commode Gajus *l. 107. D. de reg. jur.* ubi de in jus vocando eum egiſſe, probabiliter obſervat Jacobus Gothofredus.

Ait Prætor: *Quanti ea res eſt, judicium dabo.* Hoc judicium in factum eſſe, Ulpianus ait *l.5.§.1. D. h. t.* & dari in eum qui vi exemit: addit quoque, quod eo non continetur

id

id quod in veritate eſt: ſed quanti ea res de qua controverſia eſt, ab actore eſt æſtimata: & hoc, inquit, additum eſſe: ut appareat, etiamſi calumniator quis ſit, hac tamen pœna eum teneri. quod & Paulus probat *l.* 4. §. 1. *D. h. t.* de quibus plene & diligenter Jacobus Gothofredus *lib. Animadverſ. c.* 1. Eſt igitur hæc actio mera pœnalis: ideoque is qui debitorem vi exemerit, ſi ſolverit, eum non liberat; quia pœnam ſuam ſolvit *l. ult. D. h. t.* quod ſi plures deliquerunt, in ſingulos dabitur actio: & nihilominus manet qui exemptus eſt, obligatus *l.* 5. §. 3. *D. h. t.* Eadem ratione non datur hæc actio poſt annum, neque adverſus heredem. an heredi? negat Ulpianus *d. l.* 5. §. *ult. D. h. t.* quamquam non ideo, quod eſt pœnalis: ſed quod eſt inſtar actionis injuriarum: de qua in §. 1. *Inſt. de perpet. & tempor. act.*

TITULUS VIII.

Qui ſatiſdare cogantur, vel jurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur.

Dixi ſupra Titulo ſexto hujus libri, in jus vocatum, ſi ſatiſdet judicio ſiſti, dimittendum eſſe; & eum qui duxerit, injuriarum teneri: Prætorem enim reo dediſſe electionem; utrum malit ire in jus; an idoneë cavere: ſed quia dixi perfunctorie, & quaſi in tranſitu; ideo hic agam diligentius. Et in primis ſciendum, ſatisfactionem differre a cautione, item a ſatiſdatione. eſt enim generale ſatisfactionis verbum, nihil aliud ſignificans, quam explere alterius deſiderium. itaque & ſolutionem complectitur, & quamlibet aliam ſatisfactionem: nam & novatione & acceptilatione creditori ſatisfieri dicimus *l.* 9. §. 3. *D. de pign. act. l.* 21. §. *ult. D. de conſt. pec. l.* 52. *D. de ſol.* at cautionis appellatio ſatisfactione quidem ſtrictior, ſatiſdatione vero latior eſt. nam cavere eſt, adverſarium facere ſecurum. proinde & pignoribus cavemus, & fidejuſſoribus *l.* 188. §. 1. *D. de verb. ſign.* nec minus nuda repromiſſione. at *ſatiſdare dicimur*, (inquit Gajus *l.* 1. *D. h. t.*) *adverſario noſtro, cui pro eo quod a nobis petiit, ita cavimus, ut eum hoc nomine ſecurum faciamus datis fidejuſſoribus.* Sic legendum *cavimus*, & *cui:* non ut vulgo *cavit* & *qui*.. quamquam *qui* & *cui* etiam eodem modo & ſcripta & pronuntiata fuerunt a Veteribus. non adſcribo exempla: plenis manibus talia brevi dabit amicus, olim etiam auditor meus, Henricus Brenckman, vir egregius, & pulcherrima peregrinatione ad juvandam Juriſprudentiam inſtituta omnibus bonæ mentis ſtudioſis tam carus quam notus. Sed in viam.

Satiſdamus igitur ſolis fidejuſſoribus: maxime ubi Prætor exigit ſatiſdationem *l.* 7. *D. de prætor. ſtip.* Ejuſque rei adfertur ratio: quod in Prætoriis ſtipulationibus venit id quod intereſt. in quo ut difficulter intelligitur, qualia ſufficiant pignora; ita viſum, melius fidejuſſoribus caveri, quam pignoribus. adde, quod pignora aliquando non inveniunt emptorem. etiam ſæpe caſibus ſunt obnoxia. præterea erat olim major facilitas conveniendi fidejuſſores, quam pignora, ante inventa fidejuſſorum beneficia. quidquid erit: cum ſatiſdationem audimus; fidejuſſoriam intelligimus: niſi abutimur verbo; ut fit, ſi ſtipulator qui poterat fidejuſſores exigere, nuda promiſſione ſit contentus. nam eo caſu etiam repromiſſionem ſatiſdationis appellatione complectimur *l.* 61. *D. de verb. ſignif.* non quaſi veniat vi verbi, ſed placito partium. Non obſtat his, ut creditur, Ulpianus *l.* 1. §. 9. *D. de collatione bonorum.* nam ſic intelligendus, quaſi ad hæc verba, *Jubet Prætor ita fieri collationem, ut recte caveatur*, quærat, quid ſignificet, *caveatur?* Et ait, Pomponium putare, caveri per ſatisdationem oportere. nempe, quia hæc ſolet præſtari in ſtipulationibus Prætoriis *l.* 3. *D. de ſtipul. prætor.* Eſt igitur ſatisfactum Prætori, ſi ſit ſatisdatum; etſi jubeat caveri. Deinde ſubjicit Ulpianus, An pignoribus caveri poſſit, videamus? hoc eſt, an pignoribus quoque caveri poſſit? ait autem Ulpianus, eumdem Pomponium ſcripſiſſe, & reis & pignoribus recte caveri de collatione, & ita ſe quoque exiſtimare: hoc eſt, etſi in Prætoriis ſatiſdationibus tantum fidejuſſores admittantur, non etiam pignora: de collatione tamen tam pignoribus, quam reis, ſeu fidejuſſoribus, caveri. quæſo, quid ita? quia in eo Edicto Prætor non ſatiſdationem, ut alias, ſed cautionem exegit. cautio autem non minus pignora, quam fidejuſſores admittit. Sic cenſeo: ac ſimile quid in *l.* 4. §. 8. *D. de fideicomm. libert.* Expoſui verborum uſum.

Sequitur, qualem quiſque præſtet cautionem. non enim unam omnium venire, Rubrica indicat. prima certe pars ait eſſe qui ſatiſdare cogantur. puto autem, ex Edicto omnes teneri ſatiſdare qui in jus vocantur, & quidem idoneë: niſi ſi qui excipiantur. Paulum audi *l.* 1. *D. In jus vocati ut eant.* Verba Pauli: *Edicto, cavetur, ut fidejuſſor judicio ſiſtendi cauſa datus, pro rei qualitate locuples detur.* Ait, *Locuples.* Sed hunc unde æſtimamus? Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.* locupletem putat intelligi ex duobus: nimirum ex facultatibus, & ex conveniendi facilitate. primum ex facultatibus. Inde Gajus *l.* 234. §. 1. *D. de verb. ſignif.* Locuples eſt, inquit, qui ſatis idoneë habet pro magnitudine rei quam actor re-

ſtituendam eſſe petit. talis (ſi audimus Gajum *l.* 9. & Paulum *l.* 10. *D. h. t.*) vel re vera eſt, vel juris præſumptione intelligitur: ut ſi ab arbitro ſit probatus. nam ſi in alteram partem iniquum ſit arbitrium; poteſt querela deferri ad competentem judicem: qui judex ex cauſa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat. ita Paulus *l.* 10. *D. h. t.* dum expungatur ſignum §; & totus locus continuo legatur ſpiritu: quod unus obſervavit Cujacius *ad Paulum*. idem putat Paulus eſſe multo magis: ſi cui dandi erant fidejuſſores, is eos ſua voluntate accipiat: & tamen inquit, ſi medio tempore fidejuſſoribus inſignis calamitas, vel magna inopia accidit, cauſa cognita, ex integro ſatisdandum eſt *d. l.* 10. *pr.* & §. 1. Ita res huc redit: ut quoties vitioſe cautum vel ſatiſdatum eſt: non videatur cautum *l.* 6. *D. h. t.* & commode dicitur *l.* 4. *D. de ſtipul. prætor.* quod Prætoriæ ſtipulationes ſæpius interponuntur, cum ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſiit. Sed non tantum ex facultatibus locuples reputatur fidejuſſor; ſed, ut dixi, etiam ex conveniendi facilitate. proinde etſi fidejuſſor non negetur idoneus; ſed dicatur habere fori præſcriptionem; & petitor metuat, ne utatur jure fori: merito recuſatur. quod ſi non poſſit alias caveri: prædicendum ei, non uſurum eum privilegio, ſi conveniatur. ſic Ulpianus *l.* 7. *D. h. t.* etſi lib. 14. Ad Edictum ex quo eſt *l.* 5. *D. de petit. hered.* eoque appareat, proprie non pertinere ad hunc locum. at idem docet fere *l.* 1. *D. Si quis in jus vocat. non ier.* Simili ratione, qui mulierem adhibet ad ſatisdandum, non videtur cavere; nec magis miles, nec minor viginti quinque annis *l.* 8. §. 1. & 2. *D. h. t.*

Cavetur igitur Edicto, ut fidejuſſor judicio ſiſtendi cauſa datus, pro rei qualitate detur locuples: exceptis neceſſariis perſonis. ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor: quoniam pro locuplete accipitur in neceſſariis perſonis *l.* 1. 2. 3. *D. In jus vocati ut eant.* verba Prætoris talia referuntur *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* *Si quis parentem, patronum, patronam, liberos aut parentes patroni, liberoſve ſuos, eumve quem in poteſtate habebit, vel uxorem, vel nurum in judicium vocabit, qualiſcumque fidejuſſor judicio ſiſtendi cauſa accipiatur.* Sic editur. ſed Cujacius, *lib.* 7. *Obſerv. c.* XI, *ad fin.* pro, *eumve quem in poteſtate habebit vel uxorem vel nurum*, ponit, *eamve quam in poteſtate habebit vel uxorem vel nurum.* Deſumit argumentum ex *d. l.* 2. *D. In jus voc. ut eant*, & *d. l.* 2. §. 3. *D. h. t.* arbitratus, ex his liquere, verbis, *eumve quem in poteſtate habebit*, non intelligi liberos in patris poteſtate exiſtentes, quos Edictum his comprehenderat verbis, *Liberoſve ſuos*: ſed uxorem & nurum quæ ſint in manu & familia mariti aut ſoceri. Hæc de Edicti reſtitutione. at verba explicat Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. & 4: ut ibi videri poteſt.

Interim, ne quis negligat debitam neceſſitudini reverentiam, promittit Prætor in eum qui non acceperit qualemcumque fidejuſſorem, cum ſciret eam neceſſitudinem perſonarum, judicium quinquaginta aureorum: auctore Calliſtrato *l.* 2. *D. In jus vocati ut eant.*

Illud neſcio an addam; quod hæc ſatiſdatio ſit per ſtipulationem; & quidem aliquando interveniente Prætoris auctoritate: quo caſu Prætoria appellatur *l.* 1. §. 3. *D. de Prætor. ſtipul.* ſolet etiam dies qua reus ſiſtatur, adjici vel conſenſu litigantium, vel Judicis interventu *l.* 8. *D. h. t.* Videtur quoque Prætor adjeciſſe de modo itineris per ſingulos dies faciendi *l.* 1. *D. Si quis cautionibus.*

Finis ſatisdationis; ut reus judicio ſiſtatur condicta die. quod ſi fiat: liberatur fidejuſſor. ſin minus: Prætor in fidejuſſorem dat actionem, quanti ea res eſt. quod utrum veritatem contineat, an quantitatem, quæri poteſt. ſed melius eſt, ut in veram quantitatem fidejuſſor teneatur; niſi pro certa quantitate acceſſit *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* igitur ſive in duplum eſt actio, ſive tripli aut quadrupli: tanti eumdem fidejuſſorem omnimodo teneri dicemus; quia tanti res eſſe intelligitur *l.* 3. *D. h. t.* Si tamen deceſſerit qui fidejuſſorem dederit judicio ſiſtendi cauſa, non debebit Prætor jubere exhiberi eum. quod ſi ignorans juſſerit exhiberi, vel poſt decretum ejus ante diem exhibitionis deceſſerit: deneganda erit actio. ſi autem poſt diem exhibitionis deceſſerit, aut amiſerit civitatem; utiliter agi poteſt *l.* 4. *D. h. t.* ſed non idem eſt in ſatiſdatione judicatum ſolvi *l.* 5. *D. h. t.*

Altera Rubricæ pars eſt, *Vel jurato promittant.* Hæc pars indicat, eſſe qui in jus vocati, non cogantur ſatiſdare; ſed defunguntur, ſi jurato promittant. Ad hanc partem una pertinet *l. ult. D. h. t.* in qua ait Paulus, quod qui jurato promiſit judicio ſiſti, non videtur pejeraſſe, ſi ex conceſſa cauſa hoc deſeruerit. Interim qui jurato promittant, non tradit hic Titulus. ſed puto, ſic cavere viros Illuſtres & Clariſſimos *l.* 17. *C. de dignitatib. l.* 12. *C. de proxim. ſacror. ſcrin. lib.* 12. *tit.* 19: ad eoſque domum mitti ad jurandum, Paulus docet *l.* 15. *D. de jurejurando*: quæ eſt ex lib. 6. Ad Edictum ex quo eſt *d. l. ult.* Eſt porro pervulgata cum in Academiis, tum in Foro ſententia, idem jus indulgeri his qui nequeant invenire fidejuſſorem judicio ſiſti: modo ſacramento hoc affirment; & deinde juratoriam cautionem præſtent. At eam ſententiam a jure alienam eſſe, mihi ſemper perſuaſi. Scio, pro ea adferri *Novellam* 112. *c.* 2. Sed in ea nihil tale. tantum ibi agitur de ſatiſdatione pro litium expenſis ab actore præſtanda ante reorum citationem: cæterum de cautione judicio ſiſti a reo præſtanda, ne ei neceſſe ſit in jus venire, qua de cautione præſens agit Titulus, nullum exſtat veſtigium. igitur fruſtra petitur inde, ubi inducta non eſt. at nec ante hanc Novellam obtinuit: ſolito anti-

qui-

quitus Prætore, concedere actori, volenti judicio experiri, adverſarium ſuum in jus vocare; ac niſi ſatis vel cautum det, poſt anteſtationem, in jus ducere ad Prætorem, poſtulationibus ſedentem; alioquin in carcerem, ubi ſervetur in ſequentem poſtulationis diem, in jure ſiſtendi cauſa. Ejus rei teſtimonium in hoc Plauti, *Perſa*, 2. 4. 18. *SA. Vadatur hic me. PÆ. Utinam vades deſint, in carcere ut ſis.* Plauto addam Juſtinianum *l.* 19. *C. de teſtibus:* nam ex ea claret, teneri reos in jus vocatos, actori cavere datis fidejuſſoribus: quod niſi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuiſſe in teſtibus, teſtimonii cauſa in jus vocatis: licet parati eſſent, juratoriam præſtare cautionem: donec hos a regula juris excepit Juſtinianus *d. l.* 19: præfatus, abſurdum eſſe, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine; ipſis non credi jurantibus, ſe certo die in judicio adfore teſtimonii gratia. Hæc igitur cum in teſtibus ſit exceptio; perſeverat regula in reis in jus vocatis, in quibus mutata non eſt. Sed hoc plenius tradidi *lib* 2. *Obſerv. c.* 20. Verius admittantur ad juratoriam cautionem poſſeſſores bonorum immobilium. quin eſt inſignis error Interpretum: exiſtimantium, eos poſſeſſores ſuæ ſubſtantiæ committi ſine jurejurando. Non accerſam argumenta: re certiſſima ex *l.* 8. *C. de Principib. agent. in reb. lib.* 12. *tit.* 22. item *l. ult.* §. 1. *C. de ſportulis*, & *l.* 26. §. 6. *C. de Epiſcop. audient.* ſuboluit hoc Jacobo Cujacio V. CL. *lib.* 12. *Obſ. c.* 22, & *ad Novell.* 53. Meo igitur judicio, quod ait Macer *l.* 15. *D. h. t.* poſſeſſores immobilium rerum ſatiſdare non compelli, ſic accipiendum; ut quidem non cogantur ſatiſdare; ſed idcirco non ſint liberi a juratoria cautione, etſi parati ſint, ſua bona obligare *d. l.* 8. Sic, ſi immobilium poſſeſſor nomine ſuo intervenit. quid, ſi alterius defenſionem ſuſcipiat? tum, etſi locupletiſſimus ſit, non videtur defendere, niſi ſatiſdare fuerit paratus *l.* 51. §. 2. *l.* 52 & 53. *D. de procurat.* Cæterum quis ſit poſſeſſor, late explicat idem Macer *d. l.* 15. §. 1. & *ſeqq.*

Tertia Rubricæ pars eſt, *Vel ſuæ promiſſioni committuntur.* Ex ea vero intelligimus, eſſe aliquos qui in jus vocati, neque ſatiſdare, neque jurato promittere, coguntur: ſed ſuæ promiſſioni committuntur. tales in primis ſunt Fiſcus & Reſpublica *l.* 1. §. 18. & *l.* 6. *D. Ut legator. ſeu fideic. ſerv. cauſ. cav.* quibus forte jure novo addendi ſunt Clerici ex *l.* 25. §. 1. & *l.* 33. §. 3. *C. de Epiſc. & Cleric.*

TITULUS IX.

Si ex noxali cauſa agatur, quemadmodum caveatur.

PRÆCEDENS Titulus egit de cautionibus quæ pro hominibus liberis interponuntur. præſens oſtendet, quomodo pro ſervis caveatur, ſi ex noxali cauſa agatur. Si quis ergo promiſerit, ſervum de quo ſit noxalis actio, judicio ſiſtere; is jubetur eum exhibere in eadem cauſa, donec judicium accipiatur. ea de re ita Ulpianus in *l.* 1. *D. h. t.: Si quis eum de quo noxalis actio eſt, judicio ſiſti promiſit:* Prætor ait, *in eadem cauſa eum exhibere, in qua tunc eſt, donec judicium accipiatur.* Quid ſit, *In eadem cauſa ſiſtere*, videamus. Et Ulpianus putat verius, in eadem cauſa ſiſtere videri eum qui ad experiendum jus actoris non facit deterius *d. l.* 1. §. 1. & *l.* 2. *D. h. t.* Inde quæritur, an in eadem cauſa ſiſtatur qui liber factus ſiſtitur? Ea quæſtio ab Ulpiano *l. pen. D. h. t.* ſic definitur. *Si ſervum in eadem cauſa ſiſtere quidem promiſerit, & liber factus ſiſtatur: ſi de ipſo controverſia eſt capitalium actionum, injuriarumque nomine, non recte ſiſtitur: quia aliter de ſervo ſupplicium & berberibus de injuria ſatisfit, aliter de libero vindicta ſumitur vel condemnatio pecuniaria. quod autem ad cæteras noxales cauſas pertinet, etiam in meliorem cauſam videtur perveniſſe.* Sic Florentiæ edit Taurellius. apud Accurſium & Haloandrum extat, *ſupplicio & verberibus de injuria ſatisfit.* Vintimillii editio habet, *ſupplicio & verberibus ſatisfit:* ejectis verbis, *de injuria.* meo judicio, non inepte. ſenſus: Si quis promiſerit ſervum ſiſtere in eadem cauſa: multum refert, utrum criminaliter, an civiliter agatur. nam ſi criminaliter agatur: (Ulpianus ait, ſi de ipſo controverſia eſt capitalium actionum, injuriarumque nomine) non recte ſiſtitur liber factus: quia aliter de ſervo ſupplicio & verberibus ſatisfit, aliter de libero vindicta ſumitur, vel condemnatio pecuniaria. quod ſi civiliter agatur noxali actione; (Ulpianus, quod, inquit, ad cæteras noxales actiones pertinet) & liber factus ſiſtatur: non fit deterior actoris cauſa; potius fit melior: propter actionem directam qua jam liber factus in ſolidum ſuo nomine tenetur §. 5. *Inſt. de noxal. act.* Sic Ulpianus in *d. l. pen.* an vere? poſſit quis dubitare: quia aliter ſentire videtur Ulpianus *l.* 1. *D. de pœnis.* ait certe ibi: quod in delictis, ſi aliam pœnæ formam admittat tempus delicti, aliam tempus ferendæ ſententiæ, reus eam ſubit pœnam quam ſuſtineret, ſi ſententiam eſſet paſſus eo tempore quo deliquit. Id vero recedit a *d. l. pen.* in qua ait Ulpianus inſpici tempus judicii accepti. Sed hæc non pugnant. nam quod Ulpianus *d. l.* 1. ait, reum; mutata ejus conditione, debere ſuſtinere pœnam quam eſſet paſſus tempore delicti, dicit oppoſite ad tempus ferendæ ſententiæ: quod numquam vult conſiderari. proinde ſi non alia rei conditio ſit tempore delicti, quam tempo-

Digitized by Google

re accepti judicii: placet ei, inſpici tempus delicti *d. l.* 1: etſi alioquin aliam pœnam admittat tempus ferendæ ſententiæ. quod ſi alia fuit conditio tempore delicti, alia judicii accepti: jam non reſiſtit Ulpianus, quo minus ad tempus accepti judicii potius, quam ad tempus delicti reſpiciatur. quod unus optime animadvertit Jacobus Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 22.

Oportet igitur (nam huc redeo) eum qui promiſerit, ſervum judicio ſiſtere, ſi ex noxali cauſa agatur, ſervum in eadem cauſa exhibere, donec judicium accipiatur. Accurſius judicium interpretatur ſententiam. nec inficior, quod alibi demonſtrabo, hanc aliquando judicium appellari. ſed ratio Edicti illam interpretationem hic non patitur. voluit enim Prætor, ſervum in eadem cauſa ſiſti, donec litem conteſtetur qui eum habet in poteſtate, & hac actione tenetur. nam abſque ea cautione foret: facile poſſet actoris conditio ante litem conteſtatam ſervi alienatione fieri deterior: ſive hac actori potentior offeratur adverſarius: ſive in litigando incipiat in duriore loco eſſe, qui erat in pari *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* id vero poſt litem conteſtatam non metuitur: eo quod is quocum lis ſit conteſtata, etſi amittat ſervum, deinde actori condemnatur in æſtimationem: imputaturus ſibi, quod ipſe abſtulit ſibi noxæ dedendæ facultatem *l.* 37. *&* *l.* 38. *D. de noxalib. act.*

TITULUS X.

De eo per quem factum erit, quo minus quis in judicio ſiſtat.

Effectus ſatiſdationis judicio ſiſti qua de actum eſt hactenus, hic venit: ut reus, ſi condicta die ſe non ſiſtat, teneatur pœna. de qua Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 10, & nos alibi. Igitur ſicut intereſt ejus, ne quis moram ei injiciat, quo minus in judicio adſit; ita æquiſſimum putavit Prætor, coërceri dolum ejus qui impedit aliquem judicio ſiſti *l.* 1. *D. h. t.* Prætoris ſententiam refert Julianus *l.* 3. *D. h. t.* his verbis: *Ex hoc Edicto adverſus eum qui dolo fecit, quo minus quis in judicium vocatus ſiſtat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum ſiſti.* Formam Edicti hoc modo reſtituit Jacobus Gothofredus ad *l.* 110. §. 2. *& ſeqq. D. de regulis juris.* *Qui dolo malo fecerit, quo minus quis in judicio ſiſtat, adverſus eum quanti actoris interfuerit, in factum judicium dabo.* Habet igitur hæc actio locum: ſi quis fecerit dolo malo, quo minus quis in judicium vocatus ſiſtat. Feciſſe autem dolo malo putatur is qui ſuis manibus, vel per ſuos, retinuerit: etiam qui alios rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne judicio ſiſtat, ſive ſcientes, ſive ignorantes, quid eſſet, quod comminiſceretur. ſed etſi quis venienti ad judicium aliquod pronunciaverit triſte, propter quod is neceſſe habuit, ad judicem non venire, dolo malo feciſſe, verius eſt. quamvis enim ſint qui putent, ſibi imputare eum qui credulus fuit, oportere: non debet tamen dolus alterius eſſe impunitus *d. l.* 1. §. 1. *&* 2. Competit igitur hæc actio adverſus eum qui vocatum dolo malo impedit in judicium venire. niſi forte is actor ſit: tunc enim reo, ſi de pœna conveniatur ab actore, exceptio ſufficit *d. l.* 1. §. 3. idemque eſt, ſi actoris ſervus, domino ſciente, & cum poteſt, non prohibente, dolo fecerit, quo minus in judicio ſiſtam. quod ſi ſervus hoc fecerit ſine domini voluntate; Sabinus noxale judicium dandum ait; nec factum ſervi domino obeſſe debere: niſi hactenus, ut ipſo careat, quando ipſe nihil deliquit *l.* 2. *&* *l.* 1. §. 5. *D. h. t.* De eo quæritur, ſi plures deliquerint, an omnes Edicto teneantur? & placet, omnes teneri: ſed, ſi unus præſtiterit pœnam, cæteros liberari: cum nihil interſit *d. l.* 1. §. 4. Atqui aliter reſponſum *l.* 5. §. 3. *D. Ne quis eum qui in jus voc. vi exim*, *&* *l.* 8. *D. de juriſdict.* Sed intereſt, quod hæc actio non eſt mere pœnalis, nec mere perſecutoria, ut poſt dicetur: ideoque non competit adverſus heredem: niſi hactenus, ut non lucretur ex dolo defuncti *l.* 1. §. 6. *D. h. t.* Plane ſcribit Julianus *d. l.* 3. §. 1. *D. h. t.* ſi ſolvendo non fuerit is qui dolo fecerit, quo minus in judicio ſiſtatur; æquum eſſe, adverſus ipſum reum dari actionem reſtitutoriam; ne propter dolum alienum reus faciat lucrum, & actor damno afficiatur.

Sed revertor ad Julianum *l.* 3. *D. h. t.* ait is, quod hæc actio a Prætore datur adverſus eum qui dolo malo fecit, quo minus quis in judicium vocatus ſiſtat. Igitur fuit Prætor tantum de reo locutus, ſi factum ſit, ne is ſiſtat: quia de eo ſiſtendo cautum fuit. & tamen ſi alicujus dolo factum fuit, quo minus actor veniat in judicium: non intercedunt Veteres, ne etiam danda actori ſit hoc nomine actio. etſi enim actor non promiſerit in judicio ſiſti, tamen abſurdum videtur, ut ipſe a judicio abſit eo die quem dixit reo. accedit, quod cum id contingit, reus dimittitur, & ſolvitur inſtantia. ita apparet, Edicti verbis ſolum comprehendi reum: ſed ejus mentem æque ad actorem pertingere. quare evenire poteſt: ut hæc actio utrique competat & actori & reo *d. l.* 3. §. 2. etiam, ut neutri *d. l.* 3. §. 3. Ut ut erit: datur hæc actio ei cujus intereſt, ſive ſit reus, ſive ſit actor: & commode ait Julianus *d. l.* 3, quod in judicio deducitur, ſi quid amiſerit actor ob eam rem: veluti ſi reus dominium rei interim ſibi adquirat, aut actione liberatus fuerit. eſt & aliud *d. l.* 3. §. *ult.* cæterum ut hæc actio datur ei cujus

jus intereſt, ſic & heredi ejus, quamquam non ultra annum *l.* 1. §. 6. *D. h. t.*

Ad quid detur hæc actio, vix opus addi: quia apparet, dari quanti actoris interfuit, eum ſiſti *d. l.* 3. idemque probat Paulus *l.* 3. *tit. ſeq.* Perſequitur igitur rem ex parte actoris, pœnam ex parte rei: & ideo non datur ultra annum, nec adverſus heredem, niſi quatenus locupletior factus ſit, *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* Non obſtat, quod datur ad id quod intereſt. Non eſt enim unius formæ actio quæ ſic a Prætore datur. quin refert, quid egerit Prætor; cum eam proponeret ad id quod intereſt. nam ſi eam dedit actoris gratia, non habetur pœnalis: ſed ſi eam dedit odio rei, & ut puniat ejus factum; pœnalis habenda eſt, ut in *d. l.* 1. §. 4. vel, ut alibi dicitur, quaſi pœnalis *l.* 1. §. 3. & 4. *D. Si mulier ventr. nom. in poſſ. calumn.* competit ergo hæc actio pœnæ nomine, & eſt quaſi pœnalis, non vere pœnalis, quia actori tantum datur in id quod ejus intereſt *d. l.* 1. §. 4, & *d. l.* 3. *h. t.* cum plus petat vere pœnalis. ea ratione reo, ſi fuerit impeditus dolo actoris, non datur hæc actio, cum ſufficiat exceptio, nec rei interſit *d. l.* 1. §. 3.

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit.

Dictum ſuperiore Titulo de his qui per alium impediuntur ad judicium occurrere: ſequuntur qui vadimonium deſerunt ſua ſponte. & ſane conſtat, eum qui promiſit, aliquem ſiſtere, debere eum in eadem cauſa ſiſtere: hoc eſt, ita ſiſtere, ut perſecutio non ſit deteriore loco: quamvis exactio rei poſſit eſſe difficilior *l.* 11. & *l.* 12. *D. h. t.* Quod ſi non faciat: datur in fidejuſſorem actio ad pœnam, ſi promiſſa ſit, niſi excedat modum ſtatutum *l.* 4. §. *ult. h. t.* de quo Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 10. quod ſi promiſſa non ſit pœna: datur actio, quanti ea res eſt; niſi certum ſtipulatione ſit comprehenſum *l.* 2. §. *ult. D. Qui ſatiſd. cog. l.* 3. *D. Si quis in jus voc. non ier.* eſtque æſtimatio ejus quod agentis interſit, referenda ad tempus quo ſiſti debuit, non ad id quo agitur, quamvis deſierit ejus intereſſe *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* Illud non eſt indignum obſervatu; quod ſtipulatio judicio ſiſti interponitur propter ipſam rem propter quam quis convenitur *l.* 10. §. 2. *D. h. t.* eoque caret effectu; ſi ea ſit rei perſona, cum qua agi non poſſit, qualis eſt ſervus *l.* 9. & 13. *D. h. t.* Idem eſt, ſi talis ſit, ut adverſus eam jam amplius dirigi non poſſit actio: ut evenit in tutore, finita tutela *l. ult. D. h. t.* Eadem ratione placuit, ſi promiſſio judicio ſiſtendi cauſa facta ſit in actione injuriarum, & moriatur vel ſtipulator vel promiſſor, ſtipulationem non tranſire ad heredes *d. l.* 10. §. 2. Igitur & ſi homo ſiſti promiſſus, dolo promiſſoris periit ante diem; certo utimur jure, pœnam non peti ante, quam dies venerit; propterea quod tota ſtipulatio in diem collata videtur *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Quid, ſi promiſſero, judicio ſiſti eum qui dicebatur jam tempore eſſe liberatus? ait Paulus, hanc excuſationem non ſufficere; ſed nihilominus dandam in me eſſe actionem; ut vel exhibeam eum, vel defendam, ut veritas inquiratur *l.* 10. *D. h. t.*

Præter hæc ſolet Prætor, poſt trigeſimum diem a deſerto vadimonio, miſſionem, ſi poſtuletur, decernere in bona ejus qui fidejuſſorem judicio ſiſtendi cauſa dedit: quaſi latitante reo, ut liquet ex *l.* 2. *D. Quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat.* conjungenda cum *l.* 2. *D. Qui ſatiſd. cog.* cum utraque ſit ex Ulpiani lib. 5. Ad Edictum.

Plane obſervandum eſt; quod ſtipulatio judicio ſiſti, cum ſit Prætoria *l.* 1. §. 3. *D. de ſtip. Prætor*, ideo legem accipit ex mente Prætoris *l.* 52. *D. de verb. oblig.* ſimul temperamentum: quod non haberet, ſi ad ſolam contrahentium voluntatem attenderetur. putemus igitur, eum qui vadimonium deſerit, a pœna deſerti vadimonii excuſari complures ob cauſas quas enumerat Ulpianus *l.* 2 & 4; item Gajus *l.* 6. & 8. *D. h. t.* quæ poſſunt optime illuſtrari ex Seneca *De benefic. lib.* 4. *c.* 33, 34 & 35. locum, quia prolixior eſt, non adſcribo.

TITULUS XII.

De feriis & dilationibus & diverſis temporibus.

Præter cauſas ob quas ſuperiore Titulo reus dicitur excuſari, ſi ſtato tempore non veniat in judicium, exſtant ſub hoc Titulo explicandæ adhuc duæ: nimirum feriæ & dilationes. Primum feriæ: quas a feriendis hoſtiis, & ab antiquis feſtas appellatas, Feſtus refert. ſunt autem feriæ, dies qui præſtant vacationem publicam vel a negotiis pleriſque, vel a forenſibus. Hæ feriæ ſunt duplices; aliæ repentinæ ſeu indictæ, aliæ ſolemnes ſeu legitimæ *l.* 26. §. 7. *D. Quib. ex cauſ. maj. l.* 3. *C. de dilationib.* repentinæ extra ordinem pro re nata indicuntur: puta, ob res proſpere geſtas, vel in honorem Principis *d.* §. 7. & *l.* 1. *C. h. t.* item ob luctum publicum, vel calamitatem publicam, ad placandas Deorum

iras.

iras. ita meminit Gellius, *lib. 2. Noct. Attic. c.* 28, Romanos, ubi ſentirent, terram movere, edicto ferias imperare. Tacitus quoque, *lib. 2. Annal. c.* 82, ſcribit, extincto Germanico, etiam ante edictum Magiſtratuum, ante Senatuſconſulta, ſumptum juſtitium, deſerta fora eſſe. Similiter apud Apulejum *lib.* 4. *Metamorph.* legitur, luctu publico congruens edici juſtitium. Solemnes ſeu legitimæ feriæ ſunt ſtatæ & ordinariæ feriæ, certo tempore recurrentes: quæ ideo proſpici poſſunt & debent *d.* §. 7. *l.* 26. Hæ feriæ aliæ ſunt divinæ, quæ habentur divini cultus cauſa: ut dies Dominica *l.* 2. 3. 7. *& ult. C. h. t.* nativitatis, Epiphaniarum Chriſti, & qui præcedunt, ſequunturque dies ſeptem, item dies Paſchalis cum ſeptem ſequentibus & antecedentibus, & ſimiles *l.* 2. 6. 7. *C. h. t. l.* 3. *C. de Epiſc. audient.* Aliæſunt humanæ: ut dies natalis urbis Romæ & Conſtantinopolis, nec non Imperatoris *l.* 7. *C. h. t.* item qui antecedit Kalendas Januarii, ſolitus vacare honori Magiſtratus *l.* 5. *D. h. t.* In eodem numero ſunt feriæ meſſium & vindemiarum *l.* 1. *D. l.* 2 *&* 7. *C. h. t.* etiam nundinæ Principis auctoritate inſtitutæ. nam & his datur; ut qui eas frequentant, non debeant inquietari prætextu debiti *l. unic. C. de nundinis.*

Ferias novas & repentinas ſolus condere poteſt Princeps. judici aut adminiſtratori, id eſt, Magiſtratui, hoc jus non eſt *l.* 4. *C. h. t.* tantum huic permittitur, ferias dare ſecundum conſuetudinem quæ retro obtinuit *l.* 7. *D. de officio Proconſ.* poteſt igitur Magiſtratus, Præſes, verbi gratia, ſtatuere tempus meſſis, vindemiarumque cauſa ex cujuſque loci conſuetudine *l.* 4. *D. h. t.* at novas ferias condere ſua auctoritate non poteſt. ac ſi contra faciat; non præſtant dilationem, cum non ſint imperiales. idque eſt, quod dicitur *d. l.* 4. *C. h. t.* ſi nomine eximuntur, etiam fructu carebunt.

Quod attinet ad effecta feriarum: de his fuit Oratio D. Marci in Senatu recitata, quæ Oratio non extat. Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* vocat Legem: ut Oratio Severi de prohibita alienatione prædii ruſtici vocatur Lex *l.* 16. *D. de pign. act.* Orationem D. Marci tractavit Ulpianus variis libris: ut liquet ex pleriſque Inſcriptionibus ſub hoc Titulo. certe in *l.* 1. *D. h. t.* quæ eſt ex lib. 4. De omnibus tribunalibus, ita ait, *Ne quis meſſium vindemiarumque tempore adverſarium cogat ad judicium venire, Oratione D. Marci exprimitur.* & hanc adſert rationem Ulpianus: *quia occupati circa rem ruſticam, in forum compellendi non ſunt.* Senſus Ulpiani: quod D. Marcus ferias meſſium & vindemiarum omnibus idcirco indulſit, quod eo tempore etſi non omnes, at plerique, re ruſtica occupati, non ſatis commode in foro poſſunt occurrere. oportet vero jus aptare ei quod pluribus utile eſt. Vetat igitur Oratio, ne quis adverſarium cogat ad judicium venire: ſive ſit ruſticus, ſive ſit alius. quid, ſi Prætor per ignorantiam vel ſocordiam eos evocare perſeveraverit, hique ſponte venerint? ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 1, ſi quidem ſententiam dixerit, præſentibus illis & ſponte litigantibus, valere ſententiam; tametſi non recte fecerit qui eos evocaverit: nempe, quia volentes poſſunt uti beneficio feriarum, nolentes non coguntur uti. ſin vero, cum abeſſe perſeveraverint, ſententiam protulerit, illis abſentibus, ſententiam nullius momenti eſſe: non enim oportere Prætoris factum juri derogare: eoque & citra appellationem infirmari ſententiam *d. l.* 1. §. 1.

At non ad vindemiam, meſſemque ſubſtitit D. Marci Oratio: ſed generaliter Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* *Si feriatis*, inquit, *diebus fuerit judicatum, Lege*, id eſt, ut dixi, Oratione D. Marci, *cautum eſſe, ne his diebus judicium ſit, niſi ex voluntate partium, & quod aliter adverſus ea judicatum erit, ne quis judicatum facere, neve ſolvere debeat: neve quis ad quem de ea re in jus aditum erit, judicatum facere cogat.* Sic Orationem prodit Ulpianus: nec ferias divinas ab humanis diſtinguit. licet igitur Prætori, ex Ulpiani ſententia, per hanc Orationem, volentibus omni feriato die jus dicere. & eſt in *l.* 36. *D. de recept. & qui arbitr.* (quæ conjungenda cum *d. l.* 6, cum utraque ſit ex *lib.* 77. *ad Edictum*) exemplum in arbitro qui ex compromiſſo aditur. In illa certe lege ſunt hæc Ulpiani verba: *Si feriatis diebus cogente Prætore arbiter dicat ſententiam, & petatur ex compromiſſo pœna; exceptionem locum non habere conſtat.* Sequens clauſula, *Niſi alia lege eadem dies feriata in qua ſententia dicta, eſt excepta*, eſt Ulpiano adjecta a Triboniano ex *l.* 7. *C. h. t.* in qua hæc extant verba. *In eadem obſervatione numeramus & dies Solis (quos Dominicos rite dixere majores): in quibus parem neceſſe eſt habere reverentiam: ut nec apud ipſos arbitros vel a judicibus flagitatos, vel ſponte electos, ulla cognitio ſit jurgiorum.* Sed hoc obſervavit Franciſcus Hotmanus *lib.* 8. *Obſerv. c.* 16.

Fuit igitur Divi Marci Oratione cautum, ne feriatis diebus ſit judicium, niſi ex voluntate partium. Sed (quod monet Ulpianus *d. l.* 1. §. 2) excipiuntur certæ cauſæ ex quibus cogi poterimus, & per id temporis, quo meſſes vindemiæque ſint, ad Prætores venire. tales cauſæ ſunt, ſi res tempore peritura ſit, hoc eſt, ſi actionem peremptura ſit dilatio. & recte: licere enim per ferias agere, quod prætermiſſum noceret, Macrobius *lib.* 1. *Saturn. c.* 16. ex Scævola, & Virgilio obſervat. Interim quotiens res urget, cogendi quidem ſumus ad Prætorem venire, verum ad hoc tantum, ut lis conteſtetur, & ita ipſis verbis Orationis exprimitur: quamquam, alterutro recuſante poſt litem conteſtatam litigare, dilationem Oratio conceſſit *d. l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Eadem Oratione D. Marcus effecit, diebus feriaticis Prætorem adiri etiam de aliis ſpeciebus,

Digitized by Google

bus, quæ poſſunt videri *l.* 2. *&* 3. *D. h. t.* atque his in *l.* 5. *C. h. t.* accedunt publicæ & fiſcales, piſtoriæ quoque cauſæ. Nec illud omittendum; quod cum omnes urbanæ plebes & cunctarum artium officia quieſcant venerabili Solis die quem Dominicum dixere majores; cum cæteros quoque dies feſtos majeſtati altiſſimæ dedicatos, non oporteat occupari voluptatibus obſcœnis aut theatralibus; nec profanari ullis exactionum vexationibus; nec apud ipſos arbitros vel a Judicibus flagitatos, vel ſponte electos: licet adhuc, pacta conferre, & tranſactiones loqui, manumittere etiam, atque emancipare, etiam licet ruri poſitis agrorum culturæ libere licenterque inſervire *l.* 2. 3. 7. 8. *&* 11. *C. h. t.* Similiter in latronum quæſtionibus ne Paſchæ quidem dies eximitur, quamquam alioquin quadraginta diebus qui Paſchale tempus anticipant auſpicio cæremoniarum, omnis inhibeatur cognitio criminalium quæſtionum *l.* 7. *&* 10. *C. h. t.* Præterea (quod Ulpianus monet *l.* 9. *h. t.*) Divus Trajanus Minicio Natali reſcripſit, ferias a forenſibus tantum negotiis dare vacationem: ea autem quæ ad diſciplinam militarem pertinent, etiam feriatis diebus peragenda: inter quæ cuſtodiarum quoque cognitionem eſſe. Satis de feriis.

Sequitur, ut de dilationibus videamus. eſt autem dilatio (ut ait Donatus, ad Terentium, *Eunuch.* 5. 8.) diei prolatio: id eſt, ſpatium temporis quo res tractanda differtur. ea dilatio vel a Lege conceditur, ut in ſpecie *l.* 2. *D. de re judic.* & in feriis, vel ex conſenſu partium, vel a judice. Poſtrema eſt hujus loci. datur vero a Judice utrique, tam actori, quam reo, ad producendos teſtes, vel inſtrumenta *l.* 99. §. 2. *D. de verb. ſignif.* in cauſis omnibus, etiam ſi lis ſit inter privatos & fiſcum *l.* 6. *C. h. t.* tantum, ſi res vertitur in conſiſtorio Principis, dilationem tribui non ſolere, Conſtantinus ſcribit *l.* 5. *C. h. t.* & pro ratione adferunt Græci; quia parati ad cognitionem Principis venire debent. ita Græci ad *d. l.* 5. *Baſilic. lib.* 7. *tit.* 17. *c.* 15. *tom.* 1. *pag.* 377. Eſt porro auctor Paulus *l. ult. D. h. t.* quod in pecuniariis cauſis omnis dilatio ſingulis cauſis plus ſemel tribui non poteſt: in capitalibus autem reo tres dilationes, accuſatori duæ dari poſſunt; ſed utrumque cauſa pro tribunali cognita. Igitur ex arte Conſtantinus *l.* 4. *C. h. t. A procedente*, inquit, *judice dilationem non convenit poſtulari, etiam ſi utraque parte præſente tribuatur: cum non alias, niſi cauſa cognita, indulgeri queat: & cognitio cauſæ non interpellatione planaria, ſed confidente magis judice legitime colligatur: ut, ſi forte dilationis petitio fuerit improbata, ſuſcepta quæſtio per ſententiam judicis dirimatur.* Ita *lib.* 1. *De juriſd. & imp. c.* x. reſtitui, *interpellatione plenaria*, cum vulgo legatur, *interpellatione planaria*, nullo ſenſu. Illud non omittam, quod ex Paulo dixi, deberi D. Marci Orationi: eaque ſic definitum fuiſſe, Ulpianus auctor eſt *l.* 7. *D. h. t.* Voluit autem Oratio, dilationes dari longiores vel breviores ſecundum moderamen locorum tam ex eadem provincia, quam ex alia. nam & hoc diſerte Ulpianus *d. l.* 7: cum qua conjungenda *d. l.* 99. *D. de verb. ſignif.* quando utraque eſt ex eodem libro De Officio Conſulis. Eſt porro Oratione D. Marci expreſſum, amplius quam ſemel, non eſſe dandam inſtrumentorum dilationem. ſed Ulpianus *d. l.* 7, ait, utilitatis litigantium gratia, cauſa cognita, & iterum dilationem, tam ex eadem, quam ex alia Provincia, ſecundum moderamen locorum impertiri ſolere: maxime ſi aliquid inopinatum emergat. Illud videndum, ſi defunctus acceperit aliquam dilationem propter inſtrumenta; an ſucceſſori quoque ejus dari debeat; an vero quia jam data eſt, amplius dari non poſſit? & putat Ulpianus *d. l.* 7. magis eſſe, ut & hic cauſa cognita, dari debeat.

Effectus dilationum eſt: quod ſive pars, ſive integra dilatio data fuerit, Judicis officium eo uſque conquieſcit, donec petiti temporis defluxerint curricula. feriæ autem ſive repentinæ, ſive ſolemnes ſint, dilationum temporibus non excipiuntur, ſed his connumerantur *l.* 3. *C. h. t.*

Tertia Rubricæ pars eſt, De diverſis temporibus. Sed obſervat D. Cujacius *Paratitl.* in legibus ſub illa poſitis parum præſtari quod promittitur; idque evenire pluribus Pandectarum locis, quæ apud ipſum videri poſſunt.

Tantum, quis dicatur dies more Romano, definitur ex Paulo *l.* 8. *h. t.* ad quam ſcribit Antonius Auguſtinus *lib.* 4. *Emend. c.* 13. & poteſt addi allegatus ab eo A. Gellius *lib.* 3. *Noct. Attic. c.* 3.

Nominantur in *l.* 1. §. 1. *&* 2. *D. Quis ordo in poſſ. ſerv.* etiam dies ſeſſionum: aſſueto Prætore, & Præſide, cum inchoaturus eſt Conventum, ejus dies diſponere; & alium dare poſtulationibus, alium cognitionibus, alium decreto, alium aliis partibus: ut dudum notavi *lib.* 1. *De juriſd. & imp. c.* 10.

Præterea occurrunt in jure dies alii utiles, alii continui; ut in *l.* 1. *D. de diverſ. temp. præſcr. l. ult. C. de dol. mal.* §. 16. *Inſt. de excuſ. tut.* de hoc diſcrimine Radolphus Fornerius *lib.* 2. *Rer. quotid. c.* 14. res nota.

Fit etiam mentio temporis quod civiliter, item temporis quod naturaliter æſtimatur: hoc numeratur de momento in momentum: in illo poſtremus dies inchoatus pro completo habetur *l.* 134. *D. de verb. ſignific. l.* 6. *D. de uſurp. & uſuc. l.* 3. §. 3. *D. de minorib.*

TITULUS

Digitized by Google

TITULUS XIII.

De edendo.

IN limine hujus Tituli poſſunt duo quæri. primum, cur is alio ordine collocetur in Pandectis, alio in Codice. deinde, quemadmodum cum ſuperioribus connectatur. utrumque breviter diſſolvam. potuit actionis editio ab actore fieri ante, quam reus in jus veniret. argumento hoc Terentii, *Adelph.* 2. 1. 40. *Nam ego liberali illam adſero cauſa manu. Nunc vide, utrum vis argentum accipere, an cauſam meditari tuam. Delibera hoc, dum ego redeo, leno.* Idem oſtendit ordo Edicti perpetui: in quo Julianus primum egit de edendo, deinde de in jus vocando. id ſub utroque Titulo liquet ex Fragmentis Ulpiani & Pauli. nam Ulpianus de edendo ſcripſit lib. 4; Paulus lib. 3. contra Ulpianus de in jus vocando egit lib. 5; Paulus lib. 4. præceſſit igitur in Edicto perpetuo Titulus De edendo Titulum De in jus vocando. hujuſque ordinis obſervationem, adeo neceſſariam fuiſſe, putat Cujacius *lib.* x. *Obſerv. c.* x: ut, ſi actor litem ordiretur a vocatione in jus, omiſſa editione, reus vocantem illico ſequi, aut ſatiſdare non teneretur. Male. movent me complura: in primis illud Ulpiani *l.* 1. §. 1. *D. h. t. Eum quoque edere Labeo ait, qui producit adverſarium ſuum ad album, & demonſtret quod dictaturus eſt, vel id dicendo, quo uti velit.* Ulpianus cum *album* dicit; ſine dubio Prætoris album intelligit; & per *adverſarium* indigitat reum. ſimul oſtendit, cum in jus vocatum ab actore, debuiſſe in jus venire, tametſi actionis editio demum in jure fiat ad album. Pari fere modo quo in hoc Plauti, *Perſa*, 4. 9. *Age ambula in jus leno. D. Quid me in jus vocas? SA. Illic dicam apud Prætorem. ſed ego in jus voco.* Simile in *Aulul.* 4. 10. *Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & ibi ſcribam dicam.* Igitur vetere jure nil interfuit; quoad effectum ſequendi in jus, utrum reus in jus vocaretur facta, an neglecta, editione. Illa fuit differentia: quod reus altero caſu, cum in jus veniſſet, teneretur actoris deſiderio ſtatim reſpondere, & cum eo litem conteſtari: altero non tenebatur agenti reſpondere ſtatim. contra poterat dicere, ſe imparatum venire in jus, non edita ante actione qua conveniatur: itaque poſtulare tempus ad deliberandum, utrum debeat potius cedere, an contendere. Voluit igitur Juſtinianus, Titulum De edendo in conficiendo Codice eſſe priorem Titulo De in jus vocando, exemplo Edicti perpetui: nempe, ut obſervato illo ordine, non eſſet cauſa petendæ dilationis; & interim per amicos tentari poſſent pacta tranſactioneſque. in Pandectis vero Titulum De edendo ſubjecit Titulo De dilationibus: ideo quod putaret, reo, cum in jus eſſet ventum, ante non edita actione, juſtam eſſe cauſam poſtulandæ dilationis. Sed a Titulo ad rem.

Editio hic proponitur triplex: actionum, inſtrumentorum, & rationum. Prima eſt editio actionum: de qua Prætorem edixiſſe, liquet, ex Inſcriptione *l.* 1. *D. h. t. & l.* 3. *C. eod. tit.* ac vix dubito; quin fuerint Edicti verba quæ exſtant apud Ulpianum *d. l.* 1. *Qua quiſque actione agere volet, eam edere debet.* Ratio Edicti optima. nam æquiſſimum videtur, eum qui acturus eſt, edere actionem, ut proinde ſciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & ſi contendendum putat, veniat inſtructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur *d. l.* 1. Vult igitur Prætor ab actore edi actionem qua acturus ſit. quid autem ſit *edere*, exponit Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. ait is, edi compluribus modis. unum eſſe, ſi actor faciat reo facultatem deſcribendi actionem libello comprehenſam. alterum, ſi deſcriptam adverſario tradat; ne is opus habeat deſcribere: quod Veteres dicebant, dicam ſcribere, & ſubſcribere: auctore Budæo, *prior. part. ad Pand. pag.* 54, *& in Not. reliq. pag.* 1. tertium, ſi actor adverſario actionem dictet voce ſua, & adverſarius ex ipſius ore excipiat: unde dictare actionem apud Juriſconſultos *l.* 22. §. *fin. D. de noxalib. act. l.* 32. §. 9. *verſic. illud D. de recept. qui arbitr.* quartum, ſi actor adverſarium ſuum producat ad album, & demonſtret, quod dictaturus, vel id dicendo quo uti velit. Hoc vero ut intelligatur; ſciendum eſt, quod olim Prætores, in ingreſſu Magiſtratus ſui, ſoliti fuere, in jure proponere Edicta, ut ſcirent cives, quod jus de quaque re quiſque dicturus eſſet, ſeque præmunirent *l.* 2. §. 10. *D. de origine juris.* in iiſque Edictis fuiſſe formulas quas in quaque cauſa accommodari oporteret, ſuadet ſequens Ciceronis locus, *Pro Roſcio Comœdo. Fraudabat te in ſocietate Roſcius. ſunt jura, ſunt formulæ de omnibus rebus conſtitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, aut ratione actionis errare poſſit. expreſſæ ſunt enim ex uniuſcujuſque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publice a Prætore formulæ ad quas privata lis accommodatur.* Hæc vero quod in alba tabula, vel albo pariete, proponerentur; apparet, cur Labeo apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 1. dixerit, eum quoque edere, qui producit adverſarium ſuum ad album, & demonſtret, quod dictaturus eſt. Senſus enim eſt, quod non tantum edit is qui reo porrigit actionem libello ſcriptam, vel eam dictat, vel dicit: ſed etiam hic qui adverſarium ſuum in jus ducit ad album Prætoris: in eoque ſuo digito vel aliter demonſtrat formulam ſeu actio-

tionem qua acturus ſit. Tantum de modis edendi.

Sequitur formula: quam in actione in rem talem facit Cicero *Pro Murena c.* 12. Fundum qui eſt in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum eſſe ajo. Unde intelligimus, in actione in rem actori duo fuiſſe obſervanda. primum, ut res quæ peteretur, bene deſignaretur: & quidem fundus (quod miror non attigiſſe *d. loc.* Ciceronem) tam demonſtratione nominis, quam loci quo ſit: ſic enim fieri oportere, monet Ulpianus *l. 6. D. de rei vindic.* alterum erat, ut petitor diceret, ſe ejus quod petit, dominum eſſe. quod & traditum *l. 23. D. eod. tit.* cæterum cauſam ex qua dominus eſſet petitor, addere, nihil attinebat, veluti ex legato, vel donato, vel ſimili: & ideo ejus nusquam mentio, ne in §. 1. quidem *Inſt. de actionibus:* nam nec intereſt poſſeſſoris qua ex cauſa actor dominus ſit: cum dominium una ſaltem ex cauſa adquiratur *l. 14. §. 2. D. de excep. rei judic.* An de poſſeſſione adverſarii addi debeat in formula, eo video ambigi, quod in *l. 1. C. de alien. judic. mutand. cauſa* ſic editur, *Cum in rem actionem poſſeſſio pariat adverſario.* Sed nulla ratione. ut enim oſtendi *lib. ſing. ad Edict. De pact. & transact. c. 13. p. 697. col. 2*, ſcribendum eo in loco eſt, *Cum in rem actioni poſſeſſio pariat adverſarium.* Hoc modo legunt Græci, Baſilic. *lib. 10. tit. ult. tom. 1. pag.* 718, & in quibuſdam libris extare dudum monuit Accurſius. res etiam loquitur; quod una rei vindicationis cauſa eſt dominium. tantum poſſeſſio, cum ad alium devenit, domino cujus eſt rei vindicatio, parit adverſarium. Sed profecto, cum idem Attalus qui Imperatores hic conſuluit, ſit actor, ſpectantibus tenorem legis, non poteſt vulgaris lectio, *actionem & adverſario*, tolerari ullo pacto. Dixi de actione reali.

In actione perſonali videtur talis fuiſſe formula. Ajo, te mihi decem dare oportere ex ſtipulatu. Erant adeo duo ſimiliter in perſonali actione exprimenda. primum res quæ peteretur *l. 19. D. de furtis.* deinde obligatio ex qua petitio fieret §. 1. *Inſt. de actionib.* An & nomen, ſeu genus, ſive (ut dicitur in *l. 3. C. de Senatusconſulto Macedoniano*) titulus actionis: ut puta, ex ſtipulatu, ex mutuo, ex empto? Mihi placet. & commode ajunt Severus & Antoninus *l. 3. C. h. t. Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat.* Aeque Modeſtinus *l. 33. D. de judiciis: Non*, inquit, *videtur in judicem conſenſiſſe, qui edi ſibi genus apud eumdem judicem deſiderat actionis.* Inſuper erat quotidiana Veterum diſputatio, utrum hæc vel illa competeret actio *l. 1. D. Si menſor. falſ. mod. dix. l. 1. D. de æſtim. act. tot. tit. D. de præſcript. verb.* foret vero inanis ea diſputatio: niſi neceſſe fuiſſet, actionis ſpeciem libello exprimi. Prætèrea ait Pomponius *l. 2. §. 6. D. de origine juris*, ex Duodecim Tabulis compoſitas eſſe actiones quibus inter ſe diſceptarent homines: eaſque actiones, ne populus, prout vellet, inſtitueret, certas ſolemneſque fuiſſe. Dices, formularum anguſtias jam laxari cœpiſſe tempore mediæ juriſprudentiæ, inventa actione præſcriptis verbis: qua primum non habentibus propriam atque uſitatam actionem, deinde cæteris quoque de actione certa dubitantibus, quo tutius ageretur, uti conceſſum eſt *l. 1 & ſeqq. l. 17. D. de præſcriptis verbis. l. 50. D. de contrah. empt. & alibi.* quin verborum aucupia, formulaſque tandem ab uſu receſſiſſe *l. 2. C. de formulis ſublatis.* Sed id non obſtat, quo minus actor in actione perſonali, præter rem, quæ petitur, etiam obligationis cauſam, exprimere deberet. nam Impp. Theodoſius & Valentinianus in *d. l. 2* volunt, tunc demum nulli objici exceptionem non impetratæ actionis: ſi conſtiterit, eam eſſe rei aptam & propoſito negotio convenientem. talem autem quis eſſe dicat; niſi intelligat cauſam obligationis ex qua conveniatur? poteſt enim eadem res ſæpius deberi ab eodem *l. 14. §. 2. D. de except. rei judic.* neque ſequitur, ſi quis debere, aut obligatus eſſe dicatur; eum idcirco eſſe ex empto, verbi gratia, conveniendum: cum poſſit ex ſocietate, aut aliter teneri. Edenda igitur eſt & res, quæ petitur, & cauſa ex qua petitur: ut ſciat reus, utrum cedere, an ultra contendere debeat. Neque id mutatum omnino eſt, inventa actione præſcriptis verbis. nam ea eſt tantum effectum: ne actor teneretur ſervare ſolemnia formularum verba, aut alioquin commiſſo in his errore vel leviculo cauſa caderet. quod olim contigiſſe, Cicero *Pro Murena* refert. Sunt tamen qui putent, oportere quidem cauſam obligationis edi; ſed actionis nomen edi non oportere. At mihi videtur res eodem redire, ſive actionis nomen edatur, ſive cauſa obligationis. cum enim editur actionis cauſa, editur actionis nomen, ſi non uno vocabulo, at verborum ambitu qui fungitur nominis vice. Omitto, quod Clericus dicitur conveniri propoſita actione *l. 33. §. 8. C. de Epiſcop. & Cleric.* & Imperatores *l. ult. C. de interdictis* ſic ſcribunt: *Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipſa cognitionum auſpicia, actionem exprimere, ac ſuas allegationes jubeatur proponere.* Obſtat, inquies, *l. 3. C. de annali exceptione.* Verum dupliciter reſpondet Broſſæus, *Remiſſ. ad eam legem.* primum, quod libellus obſcurus, licet non admittatur, tamen ad interrumpendam præſcriptionem valet. deinde quod libellus ineptus non rejicitur, niſi pars adverſa de ineptitudine opponat.

Jubet igitur Prætor, ab actore edi actionem qua agere volet. Sed quid eſt actio? ait Ulpianus *l. 178. §. 2. D. de verb. ſignif.* quod hoc verbum & ſpeciale eſt, & generale, pro re nata. ita omnis actio dicitur, ſive in perſonam, ſive in rem ſit petitio. ſed plerum-

que actiones perſonales ſolemus dicere: petitionis verbo in rem actiones ſignificari videntur: perſecutionis verbo extraordinarias perſecutiones puta contineri; ut puta fideicommiſſorum, & ſi quæ aliæ ſunt quæ non habent juris ordinarii executionem. Sic ibi Ulpianus. at quæſtioni eſt mens hujus Edicti. igitur is in *l.* 37. *D. de obligat. & act.* (quæ ad hujus Edicti interpretationem ſpectat, cum ſit ex *lib.* 4. *Ad Edictum* ex quo eſt *l.* 1. *D. h. t.*) actionis verbo, inquit, omnis continetur actio, in rem, in perſonam, directa, utilis, præjudicium, ſtipulationes etiam quæ Prætoriæ ſunt, quia actionum inſtar obtinent; ut damni infecti, legatorum, & ſi quæ ſimiles ſunt. interdicta quoque. nec minus mixtæ actiones, in quibus uterque actor eſt: ut puta finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo. interdictum Uti poſſidetis, Utrubi. Actionis igitur verbo in hoc Edicto ex mente Prætoris venit omnis actio: pari in omnibus æquitate. An & exceptio? Paulus *l.* 8. §. 1. *D. de verb. ſign.* quæ eſt ex lib. 3. Ad Edictum, ideoque hujus loci, ſic ait, *Actionis verbo non continetur exceptio.* Paulus vult, quod Prætor in hoc Edicto ſub actione non complectitur exceptionem. & recte: nam alia eſt actio, alia exceptio. actio eſt intentio, ſeu petitio. exceptio eſt ejus excluſio *l.* 2. *D. de exception.* Atqui actionis nomine plerumque exceptio venit: & eſt exemplum in *l.* 1. §. 4. *D. de dolo malo.* quin Ulpianus *l.* 1. *D. de exception.* (quæ non minus eſt hujus loci, quam *d. l.* 37, quum æque ſit ex lib. 4. Ad Edictum) *Agere*, inquit, *etiam is videtur*, *qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor eſt.* Sit ita, cum ad Judicem venitur. tum enim debet reus ſuam probare exceptionem, ut actor ſuam intentionem *l.* 19. *D. de probationib.* Sed quod ad hoc Edictum attinet: in eo (ut Paulus ait *d. l.* 8. §. 1.) actionis verbo non continetur exceptio. & quod ait Ulpianus *d. l.* 1, etiam agere videri eum qui exceptione utitur; non debet pro definitione, ſed pro ratione dubitandi, in Edicti explicatione accipi. nam actio proprie eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur *pr. Inſt. de action.* exceptio eſt ejus actionis excluſio *d. l.* 2. *D. de except.* & quamquam actionis appellatio aliquando porrigatur ad exceptionem: id tamen non fit; niſi cum ratio interpretandi poſtulat, a verbi proprietate recedi, evitandæ abſurditatis gratia. quæ ratio in propoſito ceſſat. nam Prætor, cum jubet, actionem reo edi ab actore, tantum agit: ut inter litigantes æqualitas conſervetur, nec a parato actore reus imparatus opprimatur. eſt enim in actoris poteſtate, quando velit experiri: at reus ex improviſo plerumque invaditur. proinde alteri merito conceditur ſpatium deliberandi de actione: alteri id circa exceptionem non datur.

Hactenus de actionis editione. Sequitur editio inſtrumentorum: quam ut reo faciat actor, ejuſdem eſt æquitatis quæ ſuadet actionem ab eo edi. nam cum fides actionis pendeat ex inſtrumentis, vix poterit reus ſcire, hiſce non cognitis, utrum cedere, an contendere debeat. itaque neſcio, an ratio fugiat eos qui voluerunt, inſtrumenta demum edi poſt litem conteſtatam. ſunt enim edenda tum, cum actio editur, id eſt, cum actorem oportebit eis uti, non cum oportet. Sed verba Edicti videntur talia fuiſſe. *Itemque inſtrumenta quibus in judicio uti eum oportebit, adverſario edere cogam ſine die & Conſule.* Sic cenſeo ex *l.* 1. §. 2 *& ſeqq. D. h. t. & l.* 8. *D. de verb. ſignif.* Tenetur igitur actor reo non minus inſtrumenta, quam actionem, edere. An tamen omnia? videtur: modo actor omnibus ſit uſurus apud Judicem *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* in eoque inſtrumenta diſtinguuntur a rationibus: quas, ſi petantur edi, exhibere debet actor: ſive uſurus iis ſit, ſive non ſit; & ſive privatæ ſint, ſive fiſci *l.* 5. *&* 6. *C. h. t.* Plane, ſi legatum petatur; non jubet Prætor edi teſtamentum: ideo fortaſſe, quia heres ſolet habere exemplum teſtamenti *l.* 2. *D. h. t.* Debet porro actor totam edere ſtipulationem: alioquin non videtur edere *d. l.* 1. §. 4. *D. h. t.* igitur debet quoque edere diem & Conſulem in quem concepta eſt ſolutio. nam dies ſolutionis, ſicuti ſumma, eſt pars ſtipulationis *d. l.* 1. §. 2. Diem vero & Conſulem quo conſcriptum eſt inſtrumentum, excepit Prætor: *ne quid excogitetur ex die & Conſule*, *& prælato die fiat.* Eguinarius Baro legit, *prolato die.* Sed Florentiæ eſt, *prælato die.* idque mavult Cujacius *lib.* 3. *Obſerv. c.* 7. & prælatum diem ibi, ut & in *l.* 28. *D. Ad leg. Cornel. de falſ.* explicat anteverſum, anticipatum, vel, ut in *l.* 33. *D. de recept. & qui arbit.* eſt, *relatum.* Cujacium refutat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib.* 4. *tit.* 3. *p.* 321. ſed quid velit, vix intelligo. Illud quoque receptum eſſe, Modeſtinus ait; ut exempla inſtrumentorum, etiam ſine ſubſcriptione edentis, edi poſſint *l.* 11. *D. h. t.* nimirum, quia ea editio non ad probationem pertinet, ſed ut reus accipiat deliberandi facultatem. Sic in actore.

Aliud in reo. nam hic non magis tenetur ad edenda ſua inſtrumenta, quam ad edendam exceptionem. niſi volumus, originem petitionis ex domo ejus qui convenitur, peti. ſed hoc durum: eſt etiam pervulgata regula, actore non probante, reum, etſi nihil ipſe præſtet, obtinere *l.* 4. *& l. ult. C. h. t.* Ex cauſa tamen aliter ſervari, ait Antoninus Pius *l.* 1. *C. h. t.* pone, eſſe communia inſtrumenta *l.* 7. *C. h. t.* ut evenit *l.* 5. *D. Famil. erciſc.* & ita forte accipiendus Scævola *l.* 95. §. *ult. D. Ad leg. Falcid.* Idem Fiſco habetur honor, non quidem in re capitali, ſed in re nummaria *l.* 2. §. 2. *D. de jure fiſc.* nec tamen vel hic ei edenda inſtrumenta alia, quam quæ

ad

ad eam cauſam faciant *l.* 3. *D. h. t.* quod ſi ea non exhibeat qui convenitur, ei nocet in eam cauſam *d. l.* 2. §. 1.

Tertia exceptio eſt in argentariis. de quibus Prætor egit ſpeciali Edicto. Ejus capita fuere tria; & primi verba fuiſſe talia, ex *l.* 4. *&* *l.* 9. §. 3. *D. h. t.* veriſimile eſt. *Argentariæ menſæ exercitores rationes quæ ad ſe pertinent, edere debent, adjecto die & Conſule, omnibus qui id poſtulabunt, ſi prius juraverint, non calumniæ cauſa petere.* Rationem hujus Edicti inquit Ulpianus eſſe æquiſſimam: & cauſatur: quod ſingulorum rationes argentarii conficiant; ideoque æquum fuit, ut quod mei cauſa confecit, meum quodammodo inſtrumentum mihi edat *d. l.* 4. §. 1. Ut autem clarior ſit ea ratio: ſciendum eſt, quod in civitatibus fuit certum corpus argentariorum: quorum erat publicum officium *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Hi alias menſarii dicti: quia in foro habebant menſas: apud quas deponebantur pecuniæ per partes erogandæ aut collocandæ *l.* 50. *D. de admin. tut. l.* 23. *D. de liberat. leg. l.* 15. §. 11. *D. de re judic.* ea re utiles ſe omnibus præbebant contractibus. nam & mutuas dabant pecunias, & pro aliis conſtituebant. fiebant etiam per eos venditiones *l.* 88. *D. de ſolution. l.* 18. *D. de hered. petit.* eorum igitur officium & miniſterium (ut Gajus ait *l.* 10. §. 1. *D. h. t.*) publicam habebat cauſam, & erat principalis eorum opera, ut actus ſui rationes diligenter conficerent. nec putabatur iniquum, eos cogi, poſtulantibus ſine calumnia, edere rationes quas pro iis confecerant. Sed Edictum videamus.

Ait Prætor, *Argentariæ menſæ exercitores.* Hoc nomine tantum mares deſignat: nam fœminæ videntur remotæ ab officio argentariorum, cum ea opera virilis ſit *l. pen. D. h. t.* cæterum generalia ſunt Prætoris verba: iiſque etiam filiusfamilias continetur, ut vel ipſe cogatur edere. an & pater, quæritur? Labeo ſcribit, non cogendum patrem: niſi, eo ſciente, argentaria exerceetur. ſed Ulpiano videtur Sabinus reſpondiſſe recte, tunc id admittendum, cum patri refert quæſtum *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* quod ſic accipiendum: ut ſi omnis reditus ad patrem pertineat, is in ſolidum teneatur: alioquin de peculio, ſi filius peculiarem argentariam exerceat. ſic enim in ſervo placuit *d. l.* 4. §. 3. Igitur loquitur Prætor de exercitoribus argentariæ menſæ: id eſt, de his qui eam exercent. ſed Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. ait, etiam eum qui deſiit argentariam facere, ad editionem compelli. addit & ejus ſucceſſores *l.* 6. §. 1. *D. h. t.* nec intereſt, utrum ejuſdem profeſſionis ſint, an non ſint. nam cum in jus & locum argentarii ſuccedant, debent ejus partibus fungi *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* quod ſi non poſſident rationes, nec fecerint dolo malo, quo minus poſſideant: conſequens eſt, eos non teneri. fac, tradidiſſe rationes ei cui ab argentario ſint legatæ. cogendus igitur, cauſa cognita, erit legatarius eas edere: tametſi alioquin non ſit juris ſucceſſor, nec ad eum pertineat. plane, ſi heredi, antequam traderet, renunciatum eſt, ne eas tradat, tenebitur, quaſi dolo malo fecerit *d. l.* 9. §. 1. Igitur de argentariis loquitur Prætor. Sed Paulus *l.* 9. §. 2. *D. h. t.* ſcribit, Non eſſe iniquum, nummularios quoque cogi, rationes edere; & cauſatur, quod & hi, ſicut argentarii, rationes conficiunt; certe accipiunt pecuniam, & erogant per partes, ac probatio ſcriptura codicibuſque eorum maxime continetur: & frequentiſſime ad fidem eorum decurritur. De his nummulariis, & quomodo differant ab argentariis, nihil addam: conſulat, cui lubet, Cujacium *lib.* x. *Obſerv. c.* 14, & Salmaſium *De uſur. c.* 17. *p.* 499. Jubet igitur Prætor, argentarium rationes edere: nec ejus intereſt, cum ipſo argentario controverſia ſit, an cum alio *l.* 10. *D. h. t.* Ideo autem Prætor argenrarios tantum neque alios ullos abſimiles eis edere rationes cogit: quod eorum officium ac miniſterium publicam habet cauſam; & hæc principalis eorum opera eſt, ut actus ſui rationes diligenter conficiant *d. l.* 10. §. 1. Quædam igitur ſunt perſonæ quæ debent nobis rationes edere; nec tamen a Prætore per hoc Edictum compelluntur: veluti cum procurator res rationeſve noſtras adminiſtravit: & cum dolo malo ſocius negotia geſſit: ſed nec tutorem cogit Prætor pupillo edere rationes: ſcilicet, quia id poſſumus conſequi actionibus mandati, pro ſocio, aut tutelæ *l.* 9. *D. h. t.*

Deinde ait Prætor, *Rationem.* quid ſit ratio, definitur *l.* 6. §. 3. *D. h. t.* eo autem pertinet ea definitio: ut edere teneatur argentarius, non quæcumque ſcripſit; ſed quæ veniunt appellatione rationum: id eſt, quæ continent data & accepta. itaque ſi ſcripſit, ſe pignus accepiſſe, mandatum accepiſſe, aut ſolviſſe; non compelletur edere. Etſi hoc habet difficultatem: quia in fine dicitur, *Si quid ſolvi conſtituerit argentarius*, edere teneri. conſtitutum autem non utique continet datum & acceptum. Sed bene obſervat Accurſius poſteriore Gloſſa, ſingulare eſſe in conſtituto; quia hoc ex argentaria venit: id eſt, quia in hoc maxime conſiſtebat argentaria. quod igitur de conſtituto dicitur, pertinet ad emendationem, aut ſaltem limitationem ejus quod ante fuit de ſolutione dictum.

Ait Prætor, *Quæ ad ſe pertinet.* Hoc explicat Ulpianus *l.* 6. §. 5. *D. h. t.*

Ait, *Edere debent.* Edi autem eſt, vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre *d. l.* 6. §. 7. Edi vero ratio ita intelligitur, ſi a capite editur: de quo latius in *l.* 10. §. 2. *D. h. t.*

Ait, *Adjecto die & Conſule.* de quo vide *l.* 6. §. 6. *D. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Omnibus poſtulantibus.*

De hoc *l.* 9. §. 3. & 4. *item l.* 10. *D. h. t.*

Poſtremo ait Prætor, *Si prius juraverint non calumniæ cauſa petere.* Hoc explicatur *l.* 6. §. 2. *D. h. t.* & huc referri poteſt *l.* 14. *D. de jurejur.* ut Inſcriptio oſtendit.

Alterum Edicti caput tale extat in *l.* 6. §. 8. *D. h. t. Argentario, eive qui iterum edi poſtulabit, cauſa cognita edi jubebo.* Ait, *Argentario:* de quo in *l.* 6. §. 9. *D. h. t.*

Ait, *Eive, qui iterum edi poſtulabit.* ad hoc vide *d. l.* 6. §. *ult.* & *l.* 7. *pr.* & §. 1.

Tertium Edicti caput videtur hoc fuiſſe. *Si quis non ediderit, in eum, quanti agentis intereſt, rationes edi, cauſa cognita judicium dabo.* Hoc caput colligitur ex *l.* 8. *l.* 6. §. 4. *h. t.* Verba hæc, *Quanti intereſt*, explicantur in *l.* 10. §. 3. & *l.* 8. §. 1. *D. h. t.* Porro quibus, & contra quos, & quamdiu, hæc actio competat, vide in *l. ult.*

Ait Prætor, *Cauſa cognita.* Non igitur paſſim dabit, ſed cauſa cognita: ut puta, cum argentarius non exhibet dolo malo. Quid, ſi ejus culpa accuſatur? hanc non præſtat: niſi dolo proximam. Dolo malo autem non edit, & qui malitioſe non edit, & qui in totum non edit *l.* 8. *in pr. D. h. t.* Plane eis qui ob ætatem, vel ruſticitatem, vel ob ſexum lapſi non ediderunt, vel ex alia juſta cauſa, ſubvenitur *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* Huc enim refero illum locum, a Triboniano male ſubjectum Edicto primo de edenda actione; cum pertineat ad hoc caput Edicti de edendis rationibus argentariorum. nam adverſus actorem qui non edit actionem, cum petitur ab eo edi, non competit pœnalis actio. Non me turbat, quod Ulpianus etiam ſexui parci voluit. Nam ut fœminæ removeantur ab argentaria; tamen, ſi argentariis ſuccedant, hac actione tenentur. Sic mihi videtur: etſi aliud placeat V. CL. Jacobo Cujacio *lib.* 10. *Obſerv. c.* 14.

Supereſt, ut videamus, an & quando potuerit actio ſemel edita, ſi in ea erraverit actor, ab eo emendari vel mutari. nam de hoc quoque fuiſſe Edicto perpetuo comprehenſum, ex *l.* 3. *C. h. t.* intelligitur. nec erravero, ſi dicam, præeunte Cujacio *Recitat. ad d. l.* (quod ſenſi nuper, nunc diſſimulare nolo) eam eſſe partem *l. unic. C. de litis conteſtatione.* id enim utriuſque cum tenor, tum Inſcriptio, Subſcriptioque, evincit. ſic autem utramque conjungam. *Res in judicium deducta non videtur, ſi tantum poſtulatio ſimplex celebrata ſit, vel actionis ſpecies ante judicium reo cognita. inter litem enim conteſtatam & editam actionem permultum intereſt. lis enim tunc conteſtata videtur, cum Judex per narrationem negotii cauſam audire cœperit. edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat: quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas; vel jus reddentis decernit æquitas.* Imperatores, Severus & Antonius, a quodam Valente per libellum conſulti de jure mutandæ aut emendandæ actionis editæ, diſtinguunt inter litem conteſtatam & editam actionem. quem in finem? ut oſtendant, actori ante litem conteſtatam vi Edicti perpetui licere, ultro emendare aut mutare editam actionem: poſt litem conteſtatam ei neutrum licere auctoritate ejus Edicti; ſed demum ex ſpeciali Prætoris decreto, impetrata in integrum reſtitutione. Et recte: quia enim lite conteſtata, videtur quaſi contractum inter actorem & reum: non facile debet actori concedi, ab ea recedere ſine conſenſu rei cui quæſitum jus eſt. aliter ac fit, cum actio tantum edita, id eſt, cum ſpecies futuræ litis reo ante judicium tantum demonſtrata, neque adhuc de ea quaſi contractum eſt, eoque res intelligitur integra, nec ſuccurrit cauſa, cur minus actor poſſit recedere ab edita actione, quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam poſt litem conteſtatam indulgenda erit ejus & emendatio & mutatio: etſi non ſimpliciter, nec ſponte: non enim poteſt actor, invito reo, ab inſtituta actione deſiſtere ſine permiſſu Prætoris: & ut renunciet liti, adhuc reo manet jus urgendi ſententiam vi litis conteſtatæ: etiam tenetur Judex ſententiam ferre *l.* 74. *D. de judiciis*, ante non functus officio ſuo. quid ergo eſt? ſi, ut dixi, evidens ſit utilitas mutationis aut emendationis: ſolet ea actori concedi poſt litem conteſtatam, non ſponte, nec ſuo jure; ſed (ut Severus & Antonius loquuntur *d. l.* 3.) ſi jus reddentis decernit æquitas: hoc eſt, impetrata a Prætore in integrum reſtitutione, cauſa cognita. Huc ſpectat Seneca *Epiſt.* 41: ſic ſcribens. *Per iſtud philoſophiæ ſunt nigræ & turpes infamesque etiam ad album ſedentibus exceptiones. quid enim aliud agitis, cum eum quem interrogatis, ſcientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidiſſe videatur? ſed quemadmodum illum Prætor, ſic hos philoſophia in integrum reſtituit.* Sic ex uſu ſui temporis Seneca: nec aliter ex aliquo vetere Juriſconſulto Juſtinianus §. 33. *Inſt. de actionibus.* Et exemplum Prætoriæ æquitatis per in integrum reſtitutionem attulit ad hoc Edicti caput Paulus *l.* 4. §. 3. *D. de noxalib. actionibus*: eſt enim is locus ex *lib.* 3. *Ad Edictum*; in quo eum Edictum de edendo explicuiſſe, ſupra monui.

TITU-

TITULUS. XIV.

De Pactis.

AB Edicto de edendo tranſeo ad Edictum de pactis, non quidem omnibus; ſed quibus agitur, ne petatur: ad hæc enim pacta & ſola exit Edicti ſententia, etſi late pateant ejus verba: ideoque tantum exceptione a Prætore ſervantur, non etiam actione. Eſt vero hoc quoque Edictum alio poſitum loco, quam fuit in Edicto perpetuo. nam in eo fuiſſe medium inter Edicta De edendo, & De in jus vocando, ex ordine librorum Ulpiani & Pauli ad Edictum ſub ſingulis Titulis intelligitur. nunc ſequitur poſt Titulos, De in jus vocando, & De cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis: puto, quod in jus vocatus eſt dimittendus, ſi dum in jus venitur, de re fuerit tranſactum *l.* 22. *D. de in jus vocando.* item, quod non exigimus, reum judicio ſiſti, ſi negotium propter quod in judicio ſiſti promiſit, fuerit tranſactum. & valde probo hoc Ulpiani *l.* 2. *D. Si quis caut. in judic. ſiſt. cauſ. fact. non obtemp.* Quis enim de pœna promiſſa laboret poſt negotium tranſactum? cum etiam negotii tranſacti exceptionem putaverit quis nocere, quaſi etiam de pœna tranſactum ſit. Edicti verba *l.* 7. §. 7. *h. t.* forma hac ſunt. *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adverſus Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſervabo.* Vides Edictum elegans, & plenum naturalis æquitatis *l.* 1. *h. t.* ſi præſertim comparetur cum Lege Duodecim Tabularum, ad cujus interpretationem pertinet: verum hoc & quod præterea ſpectat ad Edicti intellectum, pridem tradidi ſpeciali libro: nec jam agam actum.

TITULUS. XV.

De tranſactionibus.

HIc Titulus eſt pars Edicti de pactis. nam pactum eſt genus: cujus duæ ſunt partes: una eſt pactum in ſpecie, altera tranſactio. pactum in ſpecie eſt rei certæ atque indubitatæ liberalis remiſſio: quæ donatio dicitur. tranſactio eſt pactio rei dubiæ aut litis incertæ non gratuita *l.* 1. *h. t.* alias deciſio aut compoſitio appellatur. ad utrumque pactum ſpectat Prætor in *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* eſt enim generalis ejus ſermo, *Pacta conventa ſervabo:* nec refert, utrum ſint pacta conventa in ſpecie, an ſint tranſactiones: eſt enim utrimque par ratio ſervandæ fidei; ſi ſit actum, ne petatur. ita apparet, cur ſub hoc Titulo non ſit Edictum: quando ſufficit ſuperius. imo veriſimile eſt, unum fuiſſe Titulum, De pactis & tranſactionibus, qui in Digeſtis & in Codice diviſus a Juris Architectis eſt in duos. Sed de his & cæteris, jam dictum ſpeciali Opere.

Digitized by Google

LIBER TERTIUS.

TITULUS I.

De poſtulando.

POSTQUAM in jus ventum eſt ad Prætorem: quia res non poterat convenire intra privatos parietes: nil reſtat, niſi ut fiant poſtulationes. Eſt autem poſtulare, ut in *l.* 1. §. 2. ait Ulpianus, deſiderium ſuum vel amici ſui in jure apud eum qui juriſdictioni præeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere. Fit igitur poſtulatio ab actore & reo, ſed in jure apud eum qui juriſdictioni præeſt; qualis eſt Prætor. apud Judices a Prætore datos non fit: ſed apud Prætorem facta, ad Judicem examinanda remittitur. Aliquis putet, obſtare quod dicitur *d. l.* 1. §. 6. *Item Senatuſconſulto etiam apud* Judices pedaneos *poſtulare prohibetur calumniæ publici judicii damnatus.* Sed mihi verius videtur, Judicis pedanei nomen eſſe omnium, in ſubſelliis judicantium ſine tribunali; eoque Judices pedaneos in *d.* §. 6. non ſignificare Judices a Prætore datos: ſed Magiſtratus minores, non pro tribunali, ſed in ſubſelliis, judicantes: ut ſunt Quæſtores, Tribuni, apud Aſconium Pedianum, *Divinat. in Verrem*, & Magiſtratus municipales, ut puto, apud Paulum *l.* 38. §. 10. *D. de pœnis.* Illud videamus, quinam poſſint poſtulare. & olim quidem licebat omnibus qui vellent, non modo pro ſe, ſed pro aliis quoque, poſtulare. Sed Prætori placuit, tuendæ dignitatis ſuæ, decoriſque ſui cauſa, Edicto cavere; ne ſine delectu paſſim apud eum poſtuletur. Ita poſtulare poſſunt omnes qui non prohibentur. ac fecit Prætor, (ut Ulpianus animadvertit *l.* 1. *pr.* & §. 1.) tres ordines: nam quoſdam in totum prohibet poſtulare: quibuſdam pro ſe permiſit: quibuſdam & pro certis dumtaxat perſonis, & pro ſe permiſit. Singula ordine tradam; ducem ſequutus Ulpianum. is *d. l.* 1. §. 3. Initium, inquit, fecit Prætor ab his qui in totum prohibentur poſtulare: & addit, quod in hoc Edicto aut pueritiam aut caſum excuſavit. Jacobus Cujacius *lib.* 26. *Obſerv. c.* 38. pro *excuſavit* reſtituit, *excuriavit.* fruſtra: nam & alibi *excuſari* dicitur qui prohibetur: ut in §. *pen. Inſt. de excuſat. tutor.* Sed, ut hoc agamus, primum ait Ulpianus, pueritiam a Prætore excuſari, dum minorem annis decem & ſeptem, qui eos non in totum implevit, prohibet poſtulare: ratus, moderatam hanc ætatem eſſe ad procedendum in publicum: eaque togam virilem ſumi ſolere, notat Beroaldus ad Suetonium *Octavio c.* 8. & Cujacius *d. c.* 38. Addit Ulpianus: quod hac ætate, aut paulo majore, fertur Nerva filius & publice de jure reſponſitaſſe. Propter caſum, inquit Ulpianus, ſurdum qui prorſus non audit, prohibet Prætor apud ſe poſtulare. & hanc cauſam adfert: quod non fuit permittendum ei poſtulare: qui decretum Prætoris exaudire non poterat: quod etiam ipſi periculoſum erat futurum: eo qnod non exaudito decreto Prætoris, quaſi non obtemperaſſet, pœna ut contumax plecteretur *d. l.* 1. §. 3.

Primo igitur loco Prætor in totum excuſavit pueritiam aut caſum: ac ne ſic ipſis noceret; addidit in Edicto, *Si non habebunt advocatum: ego dabo.* Ad bæc autem verba notat Ulpianus §. 4. *d. l.* 1. nec male: quod non ſolum his perſonis hanc humanitatem exhibere ſolet Prætor; verum & ſi quis alius ſit qui certis ex cauſis vel ambitione adverſarii vel metu patronum non invenit: ſuadente videlicet ſimilitudine rationis, etſi alioquin verba deficiant. quod & obſervatum *l.* 9. §. 5. *D. de Offic. Proconſ.* Tantum de primo ordine.

Secundo loco proponitur Edictum in eos qui pro aliis ne poſtulent. ait vero Ulpianus *d. l.* 1. §. 5. eo excipi ſexum & caſum, item perſonas turpitudine notabiles. Primum ſexum excipit: dum prohibet, fœminas pro aliis poſtulare. ratio prohibendi duplex: una, ne contra pudicitiam, ſexui congruentem, alienis cauſis ſe immiſceant: altera, ne virilibus officiis fungantur. Cauſam, ſi audimus Ulpianum, Edicto dedit Carfania, improbiſſima fœmina, inverecunde poſtulans, & Magiſtratus inquietans. Apud Haloandrum vocatur *Calpurnia.* Alciatus *lib.* 2. *Parerg. c.* 37. legit, *C. Afrania:* cujus meminit Valerius Maximus *lib.* 8. *c.* 3. §. 2. ſed Florentiæ eſt *Carfania:* pro qua ſtat Cujacius *d. c.* 38. *lib.* 26. *Obſerv.* arbitratus, hanc eſſe reſtituendam apud Valerium Maximum, eo quod Juvenalis *ſat.* 2. *verſ.* 69. etiam meminit Carfaniæ. ſed errat Cujacius: nam a Juvenali non Carfania nominatur; ſed Carfinia, eaque adultera, ad hunc locum non pertinens. Quid ergo? inquis. Nil vetat, ejuſdem impudentiæ fuiſſe & Carfaniam & Afraniam: cum præſertim etiam alias hujuſmodi mulieres & adferat & carpat Juvenalis *ſat.* 6. *verſ.* 241. & *ſeqq.* Sic mihi ſedet, in re facti ratiocinando nihil certi effici; meritoque hoc in medio relinquo. Sed Prætor, nam eo redeo, non tantum ſexum excipit, verum caſum quoque, dum repellit cœcum, utriſque luminibus orbatum. qua ratione? duplice: prior eſt, quod inſignia Magiſtratus

(de

Digitized by Google

(de quibus Briſſonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 15. & Dionyſius Gothoſredus hic) videre & revereri non poteſt. altera ratio eſt: quod non oportet rem ſanctam, & ad tuendam civilem ſucietatem pertinentem, fieri deriſoriam. quod, puto, intendit Ulpianus; cum ait, Labeonem referre, Publium cæcum Aſprenatis Nonii patrem averſa ſella a Bruto deſtitutum, cum vellet poſtulare. Poſtremo excipit Prætor perſonas turpitudine notabiles. Et ait in *d. l.* 1. §. 6. Ulpianus, tales eſſe, corpore ſuo paſſos muliebria: niſi vi latronum aut hoſtium ſtuprati ſunt: tum enim non notari. nimirum, quia violato corpore, animus inſons eſt. Superioribus addit Ulpianus damnatos capitali crimine: eoſque accipi oportet deportatos, aut quibus aqua & igne interdictum eſt *l.* 103. *D. de verb. ſignif.* Item ait Ulpianus, Senatuſconſulto etiam apud Judices pedaneos poſtulare probiberi calumniæ publici judicii damnatum. ſignificat autem, hunc damnatum probiberi, poſtulare non modo apud Prætorem, ſed etiam apud Magiſtratus minores, non in tribunali, ſed in ſubielliis judicantes: nam illos hic Judices pedaneos appellari, in anteceſſum dixi. Præterea ait Ulpianus *d.* §. 6. excipi a Prætore eum qui operas ſuas, ut cum beſtiis depugnaret, locaverit. ac cum quæri poſſet, quas Prætor vocet *beſtias*; porro ſic ſcribit. *Beſtias accipere debemus ex feritate magis, quam ex animalis genere. nam quid, ſi leo ſit, vel alia dentata manſueta?* Locus obſcuriſſimus brevitate ſermonis, Juriſconſultis non inuſitata. ſed faciam lucem, quantum potero. primum puto, Ulpianum beſtiæ appellatione complecti leonem, & ſi quæ alia ſit dentata: fere exempli cauſa, non quaſi excludantur ſævientes unguibus: quas æque proprie beſtias dici, auctor eſt Iſidorus *lib.* 12. *Origin. c.* 2. ſequentibus verbis. *Beſtiarum vocabulum proprie convenit leonibus, tigribus, pardis, & vulpibus, canibusque, & ſimiis, & cæteris quæ vel ore vel unguibus ſæviunt.* igitur non reſiſtit Ulpianus, quo minus indigitentur a Prætore beſtiæ omnes quæ ſæviunt dentibus vel unguibus. quid, ſi cornibus, aut aliter? rationis eſt, vel illas comprehendi Prætoris ſententia: quippe cum ſoleant quoque in arena exhiberi. Claudianum audi *lib.* 3. *De laudib. Stilicon.*

— — — Luxuriantis arenæ
Delicias, pompam nemorum, quodcumque tremendum
Dentibus, aut inſigne jubis, aut nobile cornu,
Aut rigidum ſetis capitur.

Nondum Prætori ſatisfactum: & ſentit Ulpianus his verbis. *Nam quid, ſi leo ſit, vel alia dentata manſueta?* quid hic Ulpianus? videtur ſignificare: quod ſolet in arena pugnari cum beſtiis feris: ut ſunt leones, & ſimiles. igitur Prætor, cum beſtias dixit, procul dubio qualeſcumque feras deſignat beſtias: nec opus fuit, hoc admoneri. Sed aliquando fit, ut in arenam mittantur etiam aliæ, non feræ quidem natura, ſed feroces. ſit exemplum in ſequentibus verbis ex *Paſſione SS. Perpetuæ & Felicitatis. Puellis autem ferociſſimam vaccam, ideoque præter conſuetudinem comparatam, diabolus præparavit: ſexui earum etiam de beſtia æmulatus.* Igitur ut natura non ſit fera beſtia; adhuc ſi ferox ſit, putat Ulpianus, Prætori ſufficere: oportere enim in Edicto beſtiam æſtimari, non utique ex animalis genere; ſed ex feritate, id eſt, ex ferocitate. Quid ergo, ſi leo ſit, vel alia dentata manſueta, id eſt, manſuefacta? non dubitat Ulpianus, quin & talis hic beſtiæ appellatione veniat: unico Prætoris fine, vilitatem hominis operas ſuas, ut cum beſtiis depugnet, locantis, a poſtulatione arcere; qualiſcumque beſtia ſit. Sic cenſeo; & voculam, *Nam*, qua utitur Ulpianus, non eſſe Cauſalem; ſed babere vim incipiendi: ut alias ſæpius. Ergo, inquit Ulpianus, (nam cum eo pergo *d.* §. 6.) qui locavit, ſolus notatur: ſive depugnaverit, ſive non. ſufficit enim Prætori, quod ſe locavit, etſi non depugnaverit: ut ad ſequentem Titulum traditurus ero. Quid, ſi depugnavit, cum non locaſſet operas ſuas? negat Ulpianus, eum teneri: cauſatus, non eum qui cum beſtiis depugnavit, teneri: ſed qui in hoc operas ſuas locavit: denique eos qui virtutis oſtendendæ cauſa hoc faciunt ſine mercede, non teneri, Veteres exiſtimare: niſi in arena (ſic Amphitheatrum appellari, docet Lipſius, *De Amphitheatro c.* 3) paſſi ſunt ſeſe honorari: id eſt, ſibi præmium dari. honor enim eſt præmium: apud Virgilium & alios, auctore Nonio Marcello *c.* 4. Ulpianus quæſtum dixit *l.* 2. §. 5. *D. de bis qui not. infam.* Negat igitur Ulpianus, eos qui ſint paſſi, in arena, ſive in Amphitheatro, ſe honorari, notam effugere. aliter ac ſi quis operas ſuas locaverit, ut feras venetur, vel ut depugnet feram quæ regioni nocet, extra arenam: nam eum non eſſe notatum *d. l.* 1. §. 6. Bene ait Ulpianus, *Extra arenam:* quia & in amphitheatro exhibebantur venationes: ut pluribus oſtendit Lipſius *d. lib. c.* 10. His igitur perſonis (ſic pergit Ulpianus *d.* §. 6. *l.* 1.) quæ non virtutis cauſa cum beſtiis pugnaverunt, pro ſe Prætor permittit allegare; id eſt, poſtulare: pro alio prohibet. Sed addit, eſſe æquiſſimum, hujuſmodi perſonis, ſi tutelam vel curam adminiſtrent, poſtulare pro his, quorum curam gerunt, concedi. Recte: quod enim Prætor introduxit pro pœna eorum qui ſe fecerint indignos poſtulandi honore; hoc in eorum favorem converti, ratio non ſinit. Quod vero attinet ad eos alioſque non fungentes neceſſario munere: ait Ulpianus, qui adverſus ea feciſſe monſtretur, & pro aliis interdicta poſtulatione repellitur; & pro æſtimatione Judicis extra ordinem pecuniaria pœna multatur *d. l.* 1. §. 6. cæterum, ut dixi,

omnes

omnes qui non ſponte, ſed neceſſario officio funguntur, ſine offenſa Edicti poſtulare poſſunt, etiam ſi hi ſint, qui non niſi pro ſe poſtulare poſſunt *l. 6. h. t.*

Porro relegens ſua veſtigia Ulpianus in *d. l. 1. §. 7.* Ut initio, inquit, diximus, fecit Prætor tres ordines non poſtulantium: quorum tertius eſt, quibus non in totum denegat poſtulandi facultatem: ſed ne pro omnibus poſtularent; quaſi minus deliquerint, quam hi qui ſuperioribus capitibus notantur. verba hujus Edicti ſparſa per *d. l. 1. §. 8. 9. 11. & l. 3*, ita reſtituenda ſunt. *Qui lege, Plebiſcito, Senatuſconſulto, Edicto, Decreto Principum, niſi pro certis perſonis, poſtulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quibus licebit, in jure apud me ne poſtulent. Qui ex omnibus his qui ſupra ſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit, pro alio ne poſtulet: præterquam pro parente, patrono, patrona, liberis parentibuſque patroni, & patronæ, liberis ſuis, fratre, ſorore, uxore, ſocero, ſocru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, pupillo, pupilla, furioſo, furioſa, cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum ſententia, aut ab eo cujus de ea re juriſdictio erit, ea tutela, curatiove data erit.* Primus hujus Edicti verſus eſt. *Qui lege, Plebiſcito, Senatuſconſulto, Edicto, Decreto Principum, niſi pro certis perſonis poſtulare prohibentur; hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne poſtulent.* Ex his verbis intelligitur, certas fuiſſe perſonas, quæ veteribus legibus, forte temporum injuria obliteratis, prohibitæ fuere poſtulare, niſi pro certis perſonis hoc capite enumeratis. additque Ulpianus *d. l. 1. §. 8*, hoc Edicto contineri etiam alios omnes qui Edicto Prætoris, ut infames notantur: qui omnes, niſi pro ſe & certis perſonis, ne poſtulent. ait autem Prætor, *Hi pro alio, quam pro quo licebit, apud me ne poſtulent.* Et eſt obſervandum, quod Gajus *l. 7. h. t.* ait, Quos prohibet Prætor apud ſe poſtulare, omnimodo prohibet, etiam ſi adverſarius patiatur poſtulare. Deinde ait Prætor, *Qui ex his omnibus qui ſupra ſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit.* Verba, *Qui ex his qui ſupra ſcripti ſunt*, ſic accipi ſuadet Ulpianus *§. 9. d. l. 1*: ſi fuerit inter eos qui tertio Edicto continentur, & niſi pro certis perſonis poſtulare prohibentur. cæterum ſi ex ſuperioribus, difficile, inquit, in integrum reſtitutio impetrabitur. Illud quærit Pomponius, de qua in integrum reſtitutione Prætor loquatur: utrum de ea quæ a Principe vel a Senatu indulgetur? ſed putat Pomponius, de ea reſtitutione ſenſum, quam Princeps vel Senatus indulget. an autem & Prætor reſtituere poſſit, quæritur? & ait Ulpianus, ſibi videri, talia Prætorum decreta non eſſe ſervanda: niſi ſicubi ex officio juriſdictionis ſuæ ſubvenerunt, ut in ætate obſervatur, ſi quis deceptus ſit; cæteriſque ſpeciebus quas ſub Titulo De in integrum reſtitutione exſequemur. Pro hac ſententia adfert porro Ulpianus: quod ſi quis famoſo judicio condemnatus, per in integrum reſtitutionem fuerit abſolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi. Deinde adjicit Prætor: *Pro alio ne poſtulent, præterquam parente, patrono, patrona, liberis, parentibuſque patroni patronæ.* De quibus perſonis ſub Titulo, De in jus vocando, plenius diximus. Item adjicit, *Liberiſve ſuis, fratre, ſorore, uxore, ſocero, ſocru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna.* Quas hic nominat affinitates, ex ſententia Ulpiani non accipere debemus eas quæ quondam fuerunt, ſed præſentes *l. 3. §. 1. h. t.* Item nurus & generi appellatione, & ſoceri & ſocrus, & ulteriores quibus *Pro* Præpoſitio ſolet accedere, contineri ait *d. l. 3. §. 2.* Porro ait; *Pupillo pupilla, furioſo furioſa cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum ſententia, aut ab eo, cujus de ea re juriſdictio fuit, ea tutela curatiove data erit.* Sub appellatione furioſi & furioſæ ex ſententia Gaji etiam fatuus & fatua continetur: cum iſtis quoque perſonis curator detur *l. 2. h. t.* Similiter ait Ulpianus *d. l. 3. §. 3. & l. 5. h. t.* Prætorem in curatoribus debuiſſe adjicere mentionem muti, cæterorumque quibus dari ſolent: id eſt, ſurdo, prodigo, & adoleſcenti, & qui negotiis ſuis aliquo perpetuo morbo ſupereſſe non poſſunt. addit Paulus *l. 4. h. t.* item quibus propter infirmitatem curatorem Prætor dare ſolet. Sed de Edicto ſatis.

Tranſeo ad Leges & Conſtitutiones. nam & his quidam prohibentur poſtulare. De ſervo Terentius *Phorm. 2. 1. 62.*

Servom hominem cauſam orare leges non ſinunt:
Neque teſtimonii dictio eſt. ——

De liberto non eſt ſimile proditum *l. 2. C. h. t.* & pro effectu datæ libertatis eſt hoc apud Perſium *ſat. 5. verſ. 81.*

Marcus dixit: ita eſt. adſigna, Marce, tabellas.
Hæc mera libertas, hoc nobis pilea donant.

Jam Conſtitutionibus advocatus eſſe prohibetur pactus de certa litis parte *l. 5. l. 6. §. 2. C. h. t.* creditum enim hoc, ſicut re vera eſt, illo indignum, & publice periculoſum; cum ad deprædationem ſpectet. quin fieri malo more, ſi ſuſpenſa lite ſocietatem futuri emolumenti cautio polliceatur, Imp. Antoninus cum D. Patre reſcripſit. quod ſi poſt cauſam actam cauta eſt honoraria ſumma: ſinunt, eam peti, utique ad probabilem modum, etſi nomine palmarii cautum eſt: ſic tamen, ut etiam computetur quod datum eſt cum eo quod debetur; neutrumque compoſitum licitam quantitatem, quæ pro ſingulis cauſis eſt uſque ad centum aureos, non excedat *l. 1. §. 12. D. de extraord. cognit.* Præterea removentur ab officio poſtulandi qui non ſunt imbuti ſacroſanctis Catholicæ religionis myſteriis: poſita pœna adverſus eum qui contra fecerit; nec minus adverſus Judicem qui id fieri paſſus ſit: ut poteſt videri *l. ult. C. h. t.* Porro

ro prohibetur quis in eadem cauſa eſſe Advocatus & Judex *l. 6. pr. C. h. t.* & ibi §. *ult.* additur, nec putet quiſquam, honori ſuo aliquid eſſe detractum, cum ipſe neceſſitatem elegerit ſtandi, & contempſerit jus ſedendi. Stare eſt Advocati; ſedere, Judicis. nulli utrumque licet in eodem negotio, ut apparet ex principio ejuſdem legis: quod bene animadvertit Ranchinus *lib.* 3. *Var. c.* 16. Similiter prohibetur Advocatus Fiſci adeſſe adverſus Fiſcum: niſi ſuam vel parentum vel pupillorum quorum tutelam gerit, cauſam agat. Æque poteſt tutor adverſus Fiſcum agere cauſam in qua ante fuit Advocatus Fiſci adverſus pupilli patrem *l.* 10. *&* 11. *h. t.* Decurio quoque contra patriam ſuam poſtulare prohibetur, præter perſonas ſuperiores *d. l.* 10. §. 1.

Poſtremo prohibentur quidam poſtulare Judicis ſententia: ut ſi quis ſine juſta cauſa recuſet adeſſe alterutri litigatori cui datus a Prætore ſit Advocatus *l. pen. C. h. t.* idemque eſt: ſi alia fuerit juſta cauſa. fieri autem id variis modis, nec uno effectu, poteſt intelligi ex *l. 9. pr.* §. 1. *& ſeqq. D. de pœnis. l.* 6. §. 1. *& legibus ſequentibus h. t.*.

Sit hic finis Tituli De poſtulando. nam quod attinet ad nomen eorum qui pro aliis poſtulant; notum eſt ex Tacito, *Dialog. De cauſ. corrupt. eloq. c.* 1, eos appellatos olim fuiſſe Oratores, poſtea Advocatos, Patronos, Cauſidicos. Extat & Advocati definitio *l.* 1. §. 11. *D. de extraord. cognit.* ſed non recipit difficultatem. igitur circa hæc non immorabimur. nec magis circa officium & laudes Advocati. nam quod ad officium ejus attinet, id ita deſcribitur *l. 6. C. h. t.* ut liqueat ultro. eſſe vero laudabile & neceſſarium, quis dubitat ſanus? & ſufficit, quod de eorum gloria & dignitate traditum *l. 4. C. de advocatis diverſorum judicum, & l. 14. C. de advocatis diverſorum judiciorum.* Quod porro ſolet quæri de erroribus Advocatorum: id definitur Titulo, *De errore advocatorum, vel libellos ſeu preces concipientium:* nec eſt quod addatur. Poſtremo traditum *l. unic. C. Ut quæ deſunt advocatis, judex ſuppleat*, non eſſe dubitandum, ſi quid in jure deſit Advocatis, poſſe a Judice ſuppleri ex legibus: aliter ac ſi quid ſit in facto omiſſum: nam id a Judice non ſuppleri, bene obſervat Harmenopulus, *Promptuar. jur. civil. lib.* 1. *tit.* 4.

TITULUS II.

De his qui notantur infamia.

Quia ex Ulpiano dictum *l.* 1. §. 8. ſuperioris Tituli, eſſe qui Prætoris Edicto ut infames notantur; e re erit, ipſum Edictum præſente Titulo ſubjicere. ſic enim intelligetur, qui eo inter infames habeantur. Verba igitur Prætoris in *l.* 1. dicunt. *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiæ cauſſa, ab imperatore, eove cui de ea re ſtatuendi poteſtas fuerit: dimiſſus erit. qui artis ludicræ pronunciandive cauſſa in ſcenam prodierit. qui lenocinium fecerit. qui judicio publico, calumniæ prævaricationiſve cauſſa quid feciſſe, judicatus erit. qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, ſuo nomine damnatus, pactuſve erit. qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti, ſuo nomine, non contrario judicio damnatus erit. qui eam, quæ in poteſtate ejus eſſet, genero mortuo (cum eum mortuum eſſe ſciret) intra id tempus, quo lugere virum moris eſt, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve ſciens quis uxorem duxerit, non juſſu ejus, in cujus poteſtate eſt. & qui eum, quem in poteſtate haberet, eam, de qua ſupra comprehenſum eſt, uxorem ducere paſſus fuerit. quive ſuo nomine, non juſſu ejus, in cujus poteſtate eſt: ejuſve nomine, quem quamve in poteſtate haberet: bina ſponſalia, binaſve nuptias eodem tempore conſtitutas habuerit.* Prima Edicti verba ſunt, *Infamia notantur.* Quam Infamiam vocat Prætor, mox ignominiam dicit. De utraque ſic Iſidorus *lib. 5. Orig. c.* 27. *Ignominia*, inquit, *dicta eo quod deſinat habere honeſtatis nomen is qui in aliquo crimine deprehenditur. dicta autem ignominia quaſi ſine nomine: ſicut ignarus ſine ſcientia, ſicut ignobilis ſine nobilitate. hæc quoque & infamia, quaſi ſine bona fama: fama autem dicta, quia fando & loquendo pervagatur per traduces linguarum & aurium ſerpens.* Eodem modo infamia in jure dicitur damnum famæ *l* 8. *C. h. t.* imminutio opinionis *l.* 6. §. 1. *C. de poſtulando.* macula exiſtimationis *l.* 17. *C. h. t.* nam opinio, fama, exiſtimatio ſunt pro iiſdem *l.* 3. §. *ult. l. 4. pr. &* §. 2. *D. de ſuſpect. tutor.* Exiſtimatio autem a Calliſtrato *l.* 5. §. 1. *D. de extraord. cogn.* definitur, *dignitatis illæſæ ſtatus legibus aut moribus comprobatus.* Calliſtratus dignitatem accipit latius, quam eam accipere ſolent Veteres. illi dignitatem vocant ſtatum optimatum & honeſtiorum hominum in temperata republica. Id erudite obſervat Caſaubonus, V. Cl. ad Suetonium, *Julio c.* 16. eoque ſenſu Cicero *lib.* 2. *De invent. c.* 55. *Dignitas*, inquit, *alicujus honeſta, & cultu & honore & verecundia digna auctoritas.* Sed Calliſtratus dignitatis nomine indigitat etiam ſtatum plebejorum & vilium hominum: qui ſtatus alias libertas appellatur. Eo ſenſu poteſt exiſtimatio dici ſtatus æqui juris omnibus ejuſdem loci in republica competentis. Proinde ſi quis in civitate legibus aut moribus non habeatur indignus his quæ cæteris ejuſdem ordinis in ea competunt; ejus dignitas a Calliſtrato *d. l.* illæſa; item exiſti-

matio integra a Diocletiano & Maximiano *l. unic. C. de infamibus lib.* 10. *tit.* 57. id eſt, ejus fama bona appellatur. Contra ſi quis ex delicto ſuo juris auctoritate iſtis in totum aut ex parte prohibetur, ejus exiſtimatio ſive dignitas imminuta aut conſumpta, id eſt, is infamis eſſe intelligitur. Exemplis aliquot pulchris hoc oſtendit Calliſtratus *d. l.* 5. §. 1. 2. & 3. Alia adfert Petronius *Satyric. c.* 116. nam huc alludit: ſic ſcribens. *In hac urbe nemo liberos tollit: quia quiſquis ſuos heredes habet, nec ad ſcenas, nec ad ſpectacula admittitur, ſed omnibus prohibetur commodis, inter ignominioſos latitat.* Similia certe in *l.* 1. *D. Ad Leg. Jul. de vi privata.* ſunt hæc Marciani: *De vi privata damnati pars tertia bonorum ex Lege Julia publicatur: & cautum eſt, ne Senator ſit, ne Decurio, aut ullum honorem, neve in eum ordinem ſedeat, neve judex ſit, & videlicet omni honore quaſi infamis ex Senatuſconſulto carebit.* Eſt in his menda quam Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 16. ſic veriſſime tollit: *neve in quatuordecim ordinibus ſedeat:* arbitratus, a Marciano reſpici ad quatuordecim ordines, in theatro ordini equeſtri vacare ſolitos. Æque probo, quod pro adjuvanda ea Lege præterea conjicit Vir ille eximius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 38. Sed malo adſcribere, (ut eſt hujus loci) quod a Calliſtrato in *d.* §. 1. 2. & 3. famæ cujuſque integritas imminutiove dicitur a jure & legibus pendere. Etſi nec ſinam, ob id negligi opinionem bonorum & gravium virorum: quando Julianus *l.* 2. *D, de obſeq. parent.* ait, vel iſta fugilatos non effugere infamiæ notam: puto, cum hoc diſcrimine; quod jure ſubnixa infamia eſt vera infamia; notato portas dignitatis claudens *l.* 2. *C. de dignitatib. lib.* 12. *tit.* 1. &, ut a Petronio eſt modo obſervatum, etiam omnibus eum prohibens commodis. cum jure deſtituta infamia, exemplo notæ Cenſoriæ apud Ciceronem *Pro Cluentio c.* 34, neque vera habeatur infamia, neque eadem peræque operetur incommoda: quin contra dicatur magis pudorem & verecundiam onerare, quam ullam exiſtimationi maculam adſpergere *l.* 13. *l.* 17. *C. h. t.* atque ut de cætero neminem arceat ab honoribus, id eſt, non obtineat omnem infamiæ effectum: at nec omni careat. Res manifeſta ex *d. l.* 2. *D. de obſeq parentib. l.* 27. *C. de inoffic. teſtam. l.* 3. §. 2. & *l.* 12. *D. de Decurionib. juncta l.* 22. *D.* & *l.* 14. *C. h. t.* nec pluribus opus. illud ſileri non oportet, (ſicut nec ignorari voluerunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de infamib. lib.* 10. *tit.* 57. eſtque etiam ex parte obſervatum ſub Titulo *De poſtulando* ex *l.* 6. & *l.* 1. §. 6. *in fin. ibidem*) quod infames perſonæ, licet nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent, uti poſſint: Curialium tamen vel civilium munerum vacationem non habent, ſed ſolemnibus indictionibus ob tutelam publicam eos ſatisfacere, neceſſe eſt.

Igitur, ut eo redeam, Prætor, ubi *Infamia*, inquit, *notatur*, non aliam, quam veram ſignificat *d. l.* 5. §. 2. *D. de extraord. cognit.* infligitque eam dupliciter: id eſt, vel ipſo jure, vel demum ſententia Judicis. non tamen aliter, quam ob delictum, ſeu cauſam quam putat turpem *d. l.* 5. §. 1. ſine hac certe ob pœnam, ſi qua affectus quis ſit, infamem eum non facit *d. l.* 22. *D.* & *l.* 8. *C. h. t.* Sed cauſas videamus.

Principio ait, *Infamia notatur qui ab exercitu dimiſſus erit.* Dimitti dicitur miles caligatus: qui, ut Torrentius explicat, ad Suetonium *Octavio c.* 25, eſt gregarius: ſic appellatus a caliga, quam idem Suetonius, *Calig. c.* 9. vocat manipularem habitum. Dicitur etiam mitti, ſi quis alius ſit uſque ad centurionem. cæteri dicuntur, ſucceſſore accepto, de militia decedere *l.* 21. *D. de teſtam. milit.* ſed in propoſito latius patet verbi ſignificatio ex mente & ſententia Prætoris: ſuadente ſimilitudine rationis, æque hos atque illos infamia notari. ita Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Ab exercitu.* Quis ſit exercitus, ab Ulpiano exponitur *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* his verbis. *Exercitum non unam cohortem, neque unam alam dicimus, ſed numeros multos militum. nam exercitui præeſſe dicimus eum qui legionem vel legiones cum ſuis auxiliis ab Imperatore commiſſas adminiſtrat. ſed hic etiam eum qui ab aliquo numero militum miſſus eſt, quaſi ab exercitu miſſum ſic accipiemus.* Ad intellectum ejus loci poteſt pertinere hoc A. Gellii, *lib.* 16. *Noct. Attic. c.* 4. *Alæ dictæ exercitus equitum ordines, quod circum legiones, tamquam alæ in avium corporibus locabantur. in legione ſunt centuriæ ſexaginta, manipuli triginta, cohortes decem.* Igitur recte ait Ulpianus, legionem unam vel legiones cum ſuis auxiliis facere exercitum. qum conſtat, conſularem exercitum plerumque habuiſſe duas legiones cum ſuis auxiliis. ea porro auxilia intellige ſociorum. eratque in his par numerus peditum qui erat in legione. ita ſi in legione quatuor eſſent peditum millia: erant tot peditum millia in auxiliis: equitum erat duplex numerus. ideoque ſi in legione eſſent trecenti equites; ſexcenti erant in auxiliis. vid. Juſtum Lipſium, V. CL. *De milit. Rom. lib.* 2. Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 2. etiam meminit *Numerorum.* hos autem dixit pro cohortibus: ut optime obſervat Briſſonins, *De V. S.*, & Valeſius, ad Ammianum *lib.* 20. *c.* 1.

Ait Prætor, *Ignominiæ cauſa.* Hoc ideo adjectum eſt, quoniam ſunt multa genera miſſionum. una eſt honeſta quæ (ut Ulpianus definit *d. l.* 2. §. 2) ab Imperatore indulgetur, emeritis ſtipendiis. erant ea viginti expeditiones in pedite; decem in equite: auctore Lipſio *De milit. Rom. lib.* 1. *Dialog.* 2. addit Ulpianus, quod ea miſſio etiam ante indulgetur. tum vero vocatur gratioſa, ipſa etiam ſub libera republica uſitata, etſi aliquando

do reſciſſa a Cenſoribus. Livius *lib.* 43. *c.* 16. *Miſſorum quoque cauſas ſeſe cognituros eſſe, & quorum ante emerita ſtipendia gratioſa miſſio ſibi viſa eſſet, eos milites fieri juſſuros.* Pergit Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 2. Eſt cauſaria quæ propter valetudinem laboribus militiæ ſolvit. Hoc exemplo ait Apulejus, *lib.* 4. *Metam. Rebar enim jam me prorſus exanimatum ac debilem mereri cauſariam miſſionem.* nimirum cauſaria miſſio dicitur a cauſa: quæ eſt vitium aut morbus, cum apud Medicos, tum in *l.* 54. *D. de contrahenda emptione:* ut oſtendi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 15. Deinde inquit Ulpianus *d.* §. 2, Eſſe miſſionem ignominioſam: eamque totiens eſſe, quotiens is qui mittit, addit nominatim, Ignominiæ cauſa ſe mittere. & cauſatur Ulpianus, Semper debere addere, cur miles mittatur. idque verum eſt; ſi miles exauctoretur, nec ei arma detrahantur. nam ſimplex miſſio militem ſolvit ſtipendio & ſacramento: damnum famæ non adfert. ſit hoc in eo qui militiam ſubiit evitandorum munerum gratia. hac enim miſſione non lædi exiſtimationem, ſæpiſſime reſcriptum eſſe, Ulpianus ait *d. l.* 2. §. 2. eſt & ſimile exemplum apud Arrium Menandrum *l.* 4. §. 8. *D. de re militar.* quin interdum ſub vexillis habentur exauctorati, immunes munerum, præterquam pugnæ. hi adeo non ſunt infames, ut etiam privilegio gaudeant. id in veteranis qui ſtipendia impleſſent, ab Auguſto eſſe conſtitutum, pluribus jam notavit Juſtus Lipſius *dicto Opere.* Ut igitur ignominioſa miſſio ſit, in ea adjicere debet qui mittit, ſe militem ignominiæ cauſa mittere. Fit autem hoc dupliciter: primum, ſi Imperator in miſſione faciat ignominiæ mentionem: deinde, ſi addat cauſam cum turpitudine conjunctam: etſi palam non meminerit ignominiæ. Utrumque intelligitur ex formula ſententiæ apud Hirtium, *De bello African.* Verba Hirtii. *Cæſar poſtero die de ſuggeſtu convocatis omnium legionum Tribunis, Centurionibuſque. C. Aviene, inquit, Quod in Italia milites populi Romani contra rempublicam inſtigaſti, rapinaſque per municipia feciſti, quodque mihi, reique publicæ inutilis fuiſti, & pro militibus tuam familiam, jumentaque in naves impoſuiſti, tuaque opera militibus tempore neceſſario reſpublica caret; ob eas res ignominiæ cauſa ab exercitu meo te removeo, hodieque ex Africa abeſſe, & quantum poteſt, proficiſci te jubeo. Itemque te, A. Fonteji, quod Tribunus militum ſeditioſus, maluſque civis fuiſti, ab exercitu dimitto. M. Tiro, C. Cluſinas, cum ordines in meo exercitu beneficio, non virtute conſecuti, ita vos geſſeritis, ut neque bello fortes, neque pace boni, aut utiles fueritis, & magis in ſeditione concitandi milites adverſus veſtrum Imperatorem, quam pudoris modeſtiæque fueritis ſtudioſiores; indignos vos eſſe arbitror, qui in meo exercitu ordines ducatis, miſſoſque facio, & quantum poteſt, abeſſe ex Africa jubeo.* Eſt in hiſce omnibus exemplis ignominioſa miſſio: ignominia tamen nominatur nuſquam, niſi in miſſione Avieni. in cæteris ignominia tantum intelligitur ex adjecta cauſa, itemque ex remotione ab exercitu, & ab Africa. nam & Ulpianus noſter *d. l.* 2. §. 4. *Ignominia miſſis,* inquit, *neque in Urbe, neque alibi, ubi Imperator eſt, morari licet.* Sed redeo ad eum *d. l.* 2. §. 2. ait. *Sed & ſi eum exauctoraverit, id eſt, inſignia militaria detraxerit, inter infames efficit, licet non addidiſſet, Ignominiæ cauſa ſe eum exauctoraſſe.* Sic editur Florentiæ. in aliis exemplaribus eſt, *Sed & ſi ita exauthoraverit, ut inſignia militaria detraheret.* fortaſſe melius. Exemplum ejus miſſionis apud Suetonium, *Vitellio c.* 10, item apud Lampridium, *Severo c.* 54. Hæc eo plenius tractavi: ut conſtaret, quemadmodum exaudiri deberet Macer *l.* 13. §. 3. *D. de re militari* & cum Ulpiano hoc loco conciliari.

Porro ait Prætor. *Qui artis ludicræ pronuntiandive cauſa in ſcænam prodierit.* An recte? quæri poſſit: eo quod ludi ſcænici, tam apud Romanos, quam apud Græcos, fierent in honorem Deorum. Lactantium audi *lib.* 6. *Divin inſtit. c.* 20. *Ludorum celebrationes Deorum feſta ſunt: ſiquidem ob natales eorum, vel templorum novorum dedicationes ſunt conſtituti. Et primitus quidem venationes, quæ vocantur munera, Saturno attributæ ſunt; ludi autem ſcenici Libero, circenſes Neptuno. Paulatim vero & cæteris Diis idem honos tribui cœpit, ſingulique ludi numinibus eorum conſecrati ſunt, ſicut Siſinnius Capito in libris ſpectaculorum docet.* Id ſi eſt: hac cauſa turpes haberi ludi non debuerunt. Sed hunc ſcrupulum exemit Auguſtinus *lib.* 2. *De civitate Dei c.* 13. ſic ſcribens. *Romani, quamvis jam ſuperſtitione noxia premerentur, ut illos Deos colerent, quos videbant ſibi voluiſſe ſcenicas turpitudines conſecrari, ſuæ tamen dignitatis memores ac pudoris, actores talium fabularum nequaquam honoraverunt more Græcorum, ſed ſicut apud Ciceronem idem Scipio loquitur: cum artem ludicram ſcenamque totam probro ducerent, genus id hominum non modo honore civium reliquorum carere, ſed etiam tribu moveri notatione cenſoria voluerunt.* Notat igitur Prætor eum qui in ſcænam prodierit. *Scæna* autem, ex definitione Labeonis, apud Ulpianum *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* *eſt, quæ ludorum faciendorum cauſa, quolibet loco, ubi quis conſiſtat, moveaturque, ſpectaculum ſui præbiturus, poſita ſit in publico privatove, vel in vico: quo tamen loco paſſim homines ſpectaculi cauſa admittantur.* Scæna igitur Ulpiano duplex eſt: alia privata, alia publica: ut apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 14. & 15. *& lib.* 15. *c.* 33. putat autem Ulpianus Prætoris verba ad utramque pertinere ſcænam: modo promiſcua ſit. id intelligitur his ejus verbis. *Quo tamen loco paſſim homines ſpectaculi cauſa admittuntur.* Eum igitur qui prodierit in ſcænam non promiſcuam, non eſſe infamem, Ulpianus putat. quo modo & Quin-

tilianus *lib.* 3. *Inſt. Orat. c.* 6. *p.* 210. Verba. *Qui artem ludicram exercuerit, in quatuordecim primis ordinibus ne ſedeat. Qui ſe Prætori in hortis oſtenderat, neque erat prodnctus, ſedit in quatuordecim ordinibus. Nempe intentio eſt, artem ludicram exercuiſti. Depulſio, Non exercui artem Indicram. Quæſtio, quid ſit, artem ludicram exercere.*

Ait Prætor, *Qui prodierit in ſcænam.* Hoc verbum accipe cum effectu. nam ſi quis ſe locaverit ſcænæ, nec prodierit, non eſt infamis *l.* 3. *D. h. t.* licet Prætor in *l.* 1. §. 6. *D. de poſtulando* aliam tenuit viam: puto, ea motus ratione: quam indicat Balſamon, *Nomocanon. tit.* 13. *c.* 20. ſequentibus verbis: *In arte ludicra factnm ipſum infamiam inducit, non etiam propoſitum. & hoc oſtenditur ex eo, quod ſit infamis etiam qui non mercede, ſed gloriæ cupiditate adductus, artem ludicram oſtendit. in eo autem qui pugnat cum beſtiis, non factum habetur odio, ſed propoſitnm. cum beſtiis enim pugnant & Imperatores & milites ſuam virtntem oſtendentes: & ideo qui proprii quæſtus mercede adductns ſuam vitam prodidit, etiamſi cnm beſiiis non pugnaverit, ſit infamis. qui autem accipit pecuniam, ut artem Indicram oſtentet, ſi eam non oſtentarit, non ſit infamis.*

Ait Prætor, *Artis ludicræ, pronuntiandive, cauſa.* Hiſce verbis continentur arenarii, pantomimi, hiſtriones, ſimiles: qui (ut Ulpianus *d. l.* 2. §. 5. *D. h. t.* ait) quæſtus cauſa in certamina, aut propter præmium in ſcænam deſcendunt. An Atellanarum quoque actores? negat Livius *lib.* 7. *c.* 2. ait enim, eos nec tribu moveri, & ſtipendia, tamquam expertes artis ludicræ, facere. Similiter ſcribit Ulpianus *l.* 4. *D. h. t.* Athletas omnino artem ludicram non facere: & ita Sabinum & Caſſium reſpondiſſe. virtutis enim gratia hoc facere. Recte. quippe cum Athletæ ſeſe exercerent ludis gymnicis: quos numero quinque fuiſſe, Iſidorus ait *lib.* 18. *Origin. c.* 18. Genera, inquiens, gymnicorum quinque: ſaltus, curſus, jactus, virtus atque luctatio. Sic Iſidorus: dicens virtutem, quam pugilatum vocat Paulus *l.* 2. §. 1. *D. de aleatoribus.* Hæc certamina Ulpianus *d. l.* vocat *ſacra*: quia fiebant in honorem Deorum: ut notum ex Quintiliano *lib.* 3. *Inſt. orat. c.* 8. & aliis. Idem Ulpianus *d. l.* ait, *generaliter neque thymelicos, neque exyſticos, neque agitatores, nec qui aquam equis ſpargunt, cæteraque eorum miniſteria, qui certaminibus ſacris deſerviunt, ignominioſos haberi.* Iſidorus *lib.* 18. *c.* 47. Thymelicos explicat muſicos ſcænicos qui organis & liris & citharis præcinebant; & dictos inde, quod olim in Orcheſtra ſtantes, cantabant ſuper pulpitum, quod θυμέλη vocabatur. cantabant autem laudes Deorum, in quorum honorem edebantur ludi. Porro, quos Exyſticos vocat Florentina lectio apud Ulpianum, hi in aliis libris dicuntur Xyſtici. ſunt autem athletæ; dicti a Xyſto, id eſt, a porticu ampla latitudine, in qua ſolent per hyberna tempora tectis ſtadiis exerceri; ut Vitruvius auctor eſt *lib.* 5. *De architect. c.* XI. Agitatores ſunt aurigæ, in ludis Circenſibus ſeſe exercentes curuli certamine. Hos tamen inhoneſtos vocat *l.* 4. *C. de ſpectacul. lib.* XI. *tit.* 40. Et prope aſſentior Eruditiſſimo Viro, Jacobo Cujacio, *Com. ad eum loc.* exiſtimanti, vix eſſe, ut poſſit ea lex cum Ulpiano conciliari. Superioribus Ulpianus addit eos qui aquam equis ſpargunt. Putat autem Briſſonius *lib.* 1. *Select. antiq. c.* 10, deſignari eos qui Circenſibus deſervientes, equos curſu incaleſcentes, perfundebant frigida qua refocillati alacrius curſum repeterent. Nec alia eſt Deſiderii Eraſmi ſententia *Adag. Chil.* ad illud, Frigidam aquam ſuffundere, *pag.* 843. etſi is etiam hanc adfert rationem; ne rotæ, nimia agitatione ferveſcentes, flammam conciperent. Eſt & tertia conjectura Alciati *lib.* 6. *Parerg. c.* 3. ſolitam fuiſſe ſpargi aquam crurum abluendorum cauſa. Sed hæc omnia (quod dixerim pace tantorum virorum) mihi ſubfrigida videntur. Magis accedo Philippo Rubenio V. CL. *lib.* 2. *Elect. c.* 18. exiſtimanti, non eſſe quod Ulpianus dicit, accipiendum de vulgari aliqua aquæ adſperſione: ſed de ſolemni quadam, & cum religione conjuncta, aquæ adſperſione. ſane cum Circenſes eſſent ludi ſacri in honorem Deorum dicati; moris fuiſſe, ut equi certaturi, prius luſtrarentur, & aqua e certo loco petita ſpargerentur. adducitque pro ſe Rubenius duplex teſtimonium: unum ex *lib.* 1. *Chariſii*: alterum ex Hieronymo, *Vita Hilarionis.* Poſtremo excipit in *d. l.* 4. §. 1. Ulpianus *Deſignatores.* Hi fuere arbitri certaminum. Donatus ad Terentium *Adelph.* 1. 2. 7. *Deſignatores*, inquit, *dicti qui ludis funebribus præſunt, credo, ob eam cauſam, quod ipſis ludis multa fiant nova & ſpectanda: ſimnl etiam turba retineatnr.* Tertullianus *De ſpectaculis c.* 10. *p.* 215. *Apparatus etiam ex ea parte conſortes quæ ad ſcenam ſpectat: nam a templis & aris, & illa infelicitate thuris & ſanguinis inter tibias & tubas itur, duobus inquinatiſſimis arbitris funerum & ſacrorum, deſignatore & aruſpice.*

Deinde ait Prætor, infamia notari, *Qui lenocinium fecerit.* Ulpianus *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* Lenocinium, inquit, facit qui habuerit quæſtuaria mancipia: id eſt, ut idem alibi dicit, quæſtum corpore facientia. inde lenæ quæ mulieres quæſtuarias proſtituunt *l.* 43. §. 6. & 7. *D. de ritu nupt.* Addit Ulpianus *d. l.* 4. §. 2. *D. h. t.* Qui in liberis hunc quæſtum faciat, in eadem cauſa eſſe: nec referre, utrum principaliter hoc negotium gerat lupanario inſtituto, an alterius negotiationis acceſſione: ut puta, caupo fuit, vel ſtabularius, & mancipia talia habuit miniſtrantia, & occaſione miniſterii quæſtum facientia: ſive balneator fuerit; velut in quibuſdam provinciis fit, in balineis ad cuſtodienda veſtimenta conducta habent

bent

bent mancipia hoc genus obſervantia in officina. adeo autem hoc placet Ulpiano *d.* §. 2. ut mox §. 3. ſubjiciat ex Pomponio, etiam eum qui in ſervitute peculiaria mancipia proſtituta habuit, notari poſt libertatem. quamvis aliud eſſe exiſtimavit *l.* 24. *D. h. t.* (quæ lex eſt conjungenda cum *d. l.* 4. §. 3. cum utraque ſit ex eodem Ulpiani lib. 6. Ad Edictum) ſi quæ in ſervitute quæſtum fecit corpore: eo quod Imperator Severus reſcripſit, Non offuiſſe mulieris famæ ejus quæſtum in ſervitute factum. & recte: nam, quod Accurſius obſervat, agitur altero in loco de lenone ancillam proſtituente; altero de ancilla meretrice proſtituta. hæc in ſe peccat tantum, ſæpe coacta. ille etiam in hanc peccat, & volens. eſt igitur gravius lenonis delictum, & majorem meretur ſeveritatem.

Sequente Edicti clauſula notatur, *Qui in judicio publico calumniæ, prævaricationiſve cauſa quid feciſſe judicatus erit.* Quid ſit Calumniari, explicatur *l.* 233. *D. de verb. ſignif.* & *l.* 1. *D. Ad Senatuſc. Turpil.* Prævaricari quid ſit, intelligitur ex *l.* 4. §. 4. *D. h. t. l.* 1. *D. de prævaric. l.* 212. *D. de verb. ſignif.* Notatur autem Edicti verbis calumniator & prævaricator; ſi judicatus erit, calumniæ prævaricationiſve cauſa quid feciſſe in judicio publico. ſic enim ſonant Edicti verba.

Sequitur in Edicto: *Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, ſuo nomine damnatus pactuſve erit.* Nempe quia hæc delicta numquam fiunt ſine dolo malo, id eſt, ſine propoſito nocendi civili ſocietati, quam omnibus bonis ſanctam eſſe oportet. Primum ait Prætor, *Furti*; & ſimpliciter. igitur furti accipe, ſive manifeſti, ſive nec manifeſti *l.* 6. *D. h. t.* Et commode Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 31. Furti, inquit, quocumque genere condemnatus, famoſus efficitur. Quid, ſi expilata dicatur hereditas? non eſt furtum: ſi de jure diſputamus *l.* 2. *D. de crimine expilatæ hered.* quaſi tamen furtum ſit, & improbius, expilatæ hereditatis crimen, ſimilitudine rationis pro famoſo habetur *l.* 12. *C. h. t.* Illud non eſt omittendum; quod Prætor, cum ait, *Furti*, magis intelligit pœnalem furti actionem; quam condictionem furtivam: ceſſat enim ignominia in condictionibus, quamvis ex famoſis cauſis pendeant *l.* 36. *D. de obligat. & act.* nempe, quia his non agitur, ut delictum coërceatur; ſed ut res quæ ad alterum venerit, ex æquo & bono reſtituatur. Hoc exemplo nec condictio rerum amotarum erit famoſa; etſi videatur ex *l.* 2. *C. rerum amotarum*: ut curatius oſtendi *Julio Paulo c.* 7. ubi, ſi placet, vide. Porro *Injuriæ* appellatione Prætor contumeliam denotat; ut in Titulo De injuriis: non culpam; ut in Lege Aquilia. Cum vero ait, *Doli mali fraudiſve*; duo conjungit verba idem ſignificantia: quomodo & Paulus *l.* 3. §. 3. *D. Pro ſocio. Fides bona*, inquit, *contraria eſt fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, ſequentibus comprehenſa Siglis: D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus *Not. Veter.* exponit, *Doli mali, fraudiſve cauſa.* Utique Ulpianus *l.* 4. §. *ult. D. h. t.* recitans hanc Edicti partem, omiſſa fraude, ſaltem doli meminit. ſed hoc plenius probavi *lib. De forma emendandi doli mali c.* 7. De eo quæri video; an ut dolus, ſic ſtellionatus, infamet? movet difficultatem, quod ſtellionatus. quidem non meminit in Edicto Prætor: ſed interim quod in privatis judiciis eſt de dolo actio, hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio *l.* 3. §. 1. *D. de ſtellionatu.* accedit, quod Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. h. t.* ſic ſcribit. *Crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non eſt judicium.* Sed ſi me audies, non voluit in *d.* §. *ult. l.* 13. Ulpianus, quod ſtellionatus damnato ſemper irrogat infamiam: minime. imo id palam negat ipſe *l.* 2. *D. de ſtellionatu* his verbis: *Stellionatus judicium famoſum quidem non eſt, ſed coercitionem extraordinariam habet.* Sic Ulpianus; atque eo verius: quia pœna ſtellionatus non eſt legitima; cum nec legitimum crimen ſit *d. l.* 3. §. 2. Quid ergo eſt? meo judicio vult, ſtellionatum eo, quod non eſt publicum judicium, non impediri, quo minus damnato aliquando poſſit irrogare infamiam. indefinita nimirum locutione (quam & *capite* 12. *dicti Operis* obſervavi in *l.* 41. *D. de pign. act.* & mox in hoc Edicto annotabo ex mente Prætoris ad verba, *Pactuſve erit*) hoc modo pro particulari, quaſi tutiore accepta ex præcepto Apuleji, ſane egregio & hic opportuno. Id Apuleji præceptum, quia non memini ab aliis adferri uſquam, omittendum non putavi: eſt autem ex *lib.* 3. *De Philoſophia* tale: *Univerſales ſunt; ut omne ſpirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non ſpirant: aliæ indefinitæ; ut animal ſpirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. ſed tamen pro particulari ſemper valet: quia tutius eſt id, ex incerto accipere, quod minus eſt.* Iſtæc res eſt: ſtellionatus, etſi non ſit publicum judicium ex quo ſemper damnatum ſequitur infamia *l.* 7. *D. de publicis judiciis*: illi tamen irrogat infamiam, id eſt, eam poteſt irrogare. Sic ipſe cenſeo: & porro probo valde, (quod jam ante Cujacius *lib.* 10. *Obſerv. c.* 26 animadvertit) intereſſe, utrum actio cum qua concurrit ſtellionatus, famoſa ſit, an non ſit: nam ſtellionatum priore caſu damnato irrogare infamiam: poſteriore non æque. Sit prior caſus in *l.* 16. §. 1. *D. de pigner. act.* ſi debitor rem alienam ignoranti creditori pro ſua obligavit. nam locum habet pigneratitia contraria actio quæ non eſt famoſa. ergo nec famoſum erit judicium ſtellionatus. poſterior caſus fuerit: ſi quis merces quas mihi debet ex ſtipulatu, corruperit dolo malo, & deinde tradiderit corruptas: non erit alia actio civilis, quam de dolo. atqui illa eſt famoſa: erit igitur hoc caſu & ſtellionatus judicium famo-

Digitized by Google

famoſum. Hac via ivit Cujacius. aliam ingreſſus Salmaſius *De modo uſurarum c.* 14. *pag.* 588. ſed præſtat illa Cujacii; etiam mea: Salmaſii emendatione in *d. l.* 2. per hanc plane ſupervacua. Sed redeo ad Edictum.

Ait Prætor, *Damnatus.* Non igitur notat furem, niſi damnatum. Talis eſt damnatus ſententia Judicis. ex compromiſſo enim arbiter, ſi dicat ſententiam, infamiam non facit: quia non per omnia ſententia eſt *l.* 13. §. 5. *D. h. t.* ut ſuo loco apparebit. In ipſo quoque Judice, quantum ad infamiam pertinet, multum intereſt in cauſa quæ agebatur, cauſa cognita aliquid pronuntiatum ſit, an quædam extrinſecus ſint elocuta: nam ex his infamia non irrogatur *d. l.* 13. §. 5. cum interlocutio non habeat condemnationem, eoque ne ſententia quidem videatur; imo a ſententia, & re judicata diſtinguatur. ſola igitur Judicis ſententia quæ, cauſa cognita, litem finit damnatione, damnatum infamem facit. quod ſi ad poſtulationem patroni, interlocutione Judicis reſponſum quid eſt, nequaquam hoc infamiam irrogat *l.* 17. *C. h. t.* ac valde probo hoc Carini & Numeriani *l.* 19. *C. d. t.* *Interlocutio Præſidis quæ indicta eſt, infamem eum de quo quæris, feciſſe non videtur, cum non ſpecialiter ob injuriam, vel admiſſam vim condemnatus ſit: ſed ita Præſidis verbis gravatus, & admonitus: ut ad melioris vitæ frugem ſe reformet.* Sunt hæc clara. Niſi tenebras offundit Ulpianus, *l.* 32. *D. de pœnis*, his verbis. *Si Præſes vel Judex ita interlocutus ſit*, vim feciſti; *ſi quidem ex interdicto, non erit notatus: nec pœna Legis Juliæ ſequetur: ſi vero ex crimine, aliud eſt. Quid, ſi non diſtinxerit Præſes, utrum Julia publicorum, an Julia privatorum? tunc ex crimine erit æſtimandum. ſed ſi utriuſque Legis crimina objecta ſunt, mitior Lex, id eſt, privatorum, erit ſequenda.* Sed lucem faciet, quod hæc Lex eſt ex Ulpiani lib. 6. Ad Edictum, & ideo poteſt conjungi cum *d. l.* 13. §. 6. quæ eſt ex eodem libro. ſic enim veriſimile fit: quod hæc verba, *Si Præſes vel judex ita interlocutus ſit, Vim feciſti*, non ſunt accipienda de interlocutione extrinſecus facta: ſed de ſententia qua Præſes vel Judex litem finiat condemnatione. id evincit tota Ulpiani diſputatio de infamia, deque pœna, & genere Legis ex qua ea pœna damnatum ſequatur. ac neſcio, an eodem modo *Interlocutus de plano* accipiatur ab Ulpiano *l.* 1. §. 1. *D. de conſtit. Princip.* & Marciano *l.* 1. §. 5. *D. Ad Senatuſc. Turpil.* Erit igitur ſenſus *d. l.* 32. Si Præſes vel Judex, cauſa cognita, interlocutus eſt, id eſt, in ſententia definitiva pronunciavit, Vim feciſti: ſi quidem ex interdicto, non erit notatus, nec pœna Legis Juliæ ſequetur: ſi vero ex crimine, aliud eſt. nam tunc & infamia ſequetur, & pœna Legis Juliæ. Hic ſenſus qui huc ſpectat. cætera quæ ſequuntur in *d. l.* 32, non ad infamiam, neque ad hoc propoſitum, ſed ejus occaſione ad pœnam Legis Juliæ pertinent, & ideo prudenter exaudiri debent.

Notat igitur Prætor demum damnatum ex famoſis cauſis. Quid, ſi provocavit damnatus? pendente judicio appellationis, nondum inter famoſos habetur: quia interim cum effectu damnatus non eſt. quod ſi omnia tempora provocationis lapſa ſunt, retro infamis eſt. quamvis ſi injuſta ejus appellatio viſa eſt, hodie notari puto, non retro notatur *l.* 6. §. 1. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Suo nomine damnatus.* Igitur obſervat Ulpianus *d. l.* 5. §. 2, *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit; non laborat infamia: & ideo nec procurator meus vel defenſor, vel tutor, vel curator, vel heres, furti vel ex alia ſimili ſpecie condemnatus, infamia notabuntur: nec ergo, ſi ab initio per procuratorem cauſa agitata eſt.* Sic editur Florentiæ; ſed in aliis editionibus pro *Nec ergo* eſt, *Nec ego.* multo melius. quod & Hotmanus notavit *lib.* 7. *Obſerv. c.* 16. cæterum ſpectat quoque ad hanc Edicti partem ſpecies *l.* 14. *D. h. t.*

Ut igitur quis infamis fiat ex famoſis actionibus, oportet eum damnatum eſſe ſuo nomine. Quamquam poteſt damnato conſervari exiſtimatio: ſi ei imponatur pœna gravior ultra legem; modo non ſit pecuniaria. ita enim Ulpianus ſcribit *l.* 13. §. 7. *D. h. t.* & addit pro exemplo: Si Præſes relegaverit eum qui debuit mulctari parte bonorum. nam duriore ſententia eſſe cum eo de exiſtimatione tranſactum: idcircoque non eſſe infamem. aliter ac ſi judex in cauſa furti nec manifeſti fecit condemnationem in quadruplum. nam ſic oneratum quidem reum pœna aucta; verum hanc rem exiſtimationem ei non conſervaſſe: quamvis ſi eum oneraſſet pœna non pecuniaria, cum eo tranſactum videretur. Sic Ulpianus: dicens, ita eſſe & conſtitutum & reſponſum: hoc, opinor, a Papiniano *l.* 15. *D. Ad municipalem:* illud a Severo & Antonino *l.* 4. *C. h. t.* At obſtat Macer *l.* 63. *D. de furtis.* & *l.* 40. *D. de injuriis.* Niſi utroque in loco accipiendus eſt de Judice qui reum furti aut injuriarum ſimpliciter damnavit ita, ut ei præſervaret famam. quod non poteſt fieri: niſi ſeveritate pœnæ corporalis de exiſtimatione tranſigatur. atque ita ipſe Macer *l.* 10. §. 2. *D. de pœnis*, & quidem lib. 2. De publicis judiciis, ex quo libro etiam ſunt *d. l.* 63. & *d. l.* 40: eoque optima ratione conjunguntur. Hoc, ſi Judex reum condemnavit in duriorem pœnam. Quid, ſi in leviorem? neſcio an interſit, quid egerit Judex. nam ſi condemnationi adjecerit famoſam cauſam, aut pœnam famoſæ cauſæ apponi ſolitam; utique damnatus eſt reus famoſa ex cauſa: nec poteſt levior pœna efficere, ne infamis ſit: certo, facti quæſtionem eſſe in poteſtate judicantium; juris auctoritatem non eſſe *l.* 15. *D. Ad municipalem.* non idem eſt, ſi cauſa condemnationis neque ex pœnæ genere, nec ex verbis & teno-

tenore ſententiæ intelligitur. eſt enim rationis; ne tum infamis ſit reus, quamvis leviore pœna affectus: quia videri poteſt Judex alia cauſa, quam famoſa, ad condemnationem acceſſiſſe *l. 3. C. h. t.* eſſe autem facti quæſtionem in Judicis poteſtate, modo oſtenſum eſt.

Sed pergo cum Prætore. ait, *Pactuſve erit.* Non igirur damnatum notar tantum, ſed etiam pactum. qua cauſa? quia intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur *l. 5. D. h. t.* eſt autem generale hoc verbum, *Pactus:* ſub ſe & pactionem & tranſactionem continens: ut monui ad *Edictum De Pactis.* igitur ſi quidem ad laritudinem verbi ſpectamus; infamis erir uterque, & qui tranſigit pretio daro, & qui precibus impetrar, ne ſecum agatur. Sed eſt moris Veterum, benignius interpretari Leges, quo voluntas earum conſervetur *l. 18. & 19. D. de legibus.* In præſenti etiam fuerit inhumanum, non dari veniæ locum. Poſtremo ſuadeam, hic quoque adverti quod paulo ante obſervavi, auctore Apulejo *lib. 3. De Philoſophia*, indefinitam in ſermone locutionem, qualis eſt verborum, *Pactuſve erit*, in incerto ſemper pro particulari, id eſt, de eo quod minus ſit, accipi tutius eſſe. His igitur rationibus placet Ulpiano *l. 6. §. 3. D. h. t.* (ne infamiam habeat ſimplex pactio) in Edicto ſub pacti appellatione non comprehendere pactos precibus: ſed eos demum, qui (ut egregie ajunt Valerianus & Gallienus *l. 18. C. h. t.*) ullos adverſariis nummos pro mala conſcientia ex tranſactione numeraſſent.

Porro ait Prætor, *Qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti, ſuo nomine, non contrario judicio damnatus erit.* Hæc quoque pars ſummam habet æquitatem: eo quod ab his contractibus pendet præſidium humanæ vitæ: quæ vix poteſt carere fide & auxilio amicitiæ. quiſquis vero contra hanc peccat dolo malo ſciens, is merito turpis ac nefarius habetur, abrumpens vincula humani juris. Ait Prætor, *Damnatus.* non addit *Pactus:* ut in prioribus. & ideo ſi quis ſit pactus de his cauſis, non erit notatus. nam plurimum intereſt, utrum ex delicto, an ex contractu debiror ſir. qui enim de delicto paciſcitur, intelligitur dolum malum confiteri. at qui de contractu tranſigit, etſi contractum fatetur, non æque malam fidem faretur. *l. 7. D. h. t.*

Ait Prætor, *Non contrario judicio.* Hoc adjectum, propter depoſiti, mandati, & tutelæ, actionem. pro ſocio enim actio utrimque directa eſt *§. 2. Inſt. de pœn. tem. litig.* Contrario igitur judicio damnatus, non erit infamis. ac (ſi audimus Ulpianum *l. 6. §. ult. D. h. t.*) non immerito. *Nam*, inquit, *in contrariis non de perfidia agitur; ſed de calculo qui fere judicio ſolet dirimi.* Senſus: quod damnatus in conrrariis judiciis, ideo non ſir infamis, quia in his non agitur de conſilio & propoſito nocendi deliberato, quo perfidia cenſetur una impia & Prætori odioſa: ſed de calculo; in quo admiſſus error a ſcelere purus, ac vacuus, fere judicio, ſive per judicem, demum ſolet dirimi. Plane etſi contrario judicio damnatus Edicti verbis non fiat infamis; putat tamen Ulpianus, vel hoc damnatum, infamem fieri Edicti ſententia; ſi fidem quam adverſarius ſequutus eſt, non præſtat: ut puta, fidejuſſi pro re, & ſolvi: mandati te ſi condemnavero, (id eſt, fecero condemnari; ut ſæpe) famoſum facio *d. l. 6. §. 5.*

Sed apparet, directo judicio damnatum, in his contractibus notari infamia. Utrum tamen ob dolum tantum, an etiam ob culpam, maxime latam? Prima facie vix eſt, ut ab infamia excuſetur qualicumque ratione damnarus: modo non ſit damnatus contrario judicio. quia generaliter ait Prætor, notari eum qui pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti, ſuo nomine, non contrario judicio damnatus erit. Eoque modo poteſt in Oratore tolerari hæc Ciceronis exaggeratio, *Pro S. Roſcio Amerino c. 38. In privatis rebus ſi qui rem mandatam non modo malitioſius geſſiſſet, ſui quæſtus aut commodi cauſa, verum etiam negligentius; eum majores ſummum admiſiſſe dedecus exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt judicium, non minus turpe, quam furti.* Sic Cicero: cauſæ ſerviens orarorio more. Nos verum quærentes, ſeparabimus Edicti verba ab ejus mente. hac refert in his contractibus, utrum ob dolum quis damnetur, an ob culpam. certe æquum eſt, iis ignoſci qui ignoranter, imprudenter, incauteque labuntur: at veniam habere eum qui ſciens peccat, non eſt æquum. Huic rei evidens præbet argumentum, quod ipſe Prætor ab infamia contraria excipit judicia. nec eſt dubium; quin, uno vel altero lege introducto, bona ſit occaſio, etiam cætera, ad eamdem utilitatem tendentia, interpretatione ſuppleri *l. 12 & 13. D. de legibus.* Sed quis animus ſit Prætori, palam exprimir Ulpianus *l. 6. §. ult. D. h. t.* *Contrario*, inquiens, *judicio damnatum non eſſe infamem. nam in contrariis non de perfidia agi, ſed de calculo qui in judicio ſolet dirimi.* Ulpianus duo tradit pro exploratis: primum ait, perfidiam a Prætore notari: deinde negat, damnatum contrario judicio eſſe infamem: nimirum, quia in contrariis judiciis non ſolet agi de perfidia. ita prius eſt, ut tutor, verbi gratia, ob perfidiam fiat infamis. alterum, ut ob hanc ſolam notetur. abſque enim hoc eſſet; vana foret Ulpiani definitio, Edictum ad contraria judicia non pertinere: eo quod de perfidia in his non quæritur. at ſi Prætor ſolam notat perfidiam: qua fronte dicamus, damnatum ob latam culpam eſſe infamem? eſt enim alia lata culpa, alius dolus. dolus naſcitur ex conſilio: lata culpa ex ſocordia ſeu ſimplicitate. dolus habet ſcientiam: lata culpa ignorantiam. dolus eſt, omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, de-

ci-

cipiendum, alterum adhibita *l.* 1. *D. de dolo malo:* lata culpa eſt, nimia negligentia: id eſt, non intelligere quod omnes intelligunt *l.* 213. §. *ult. D. de Verb. ſignif.* Hoc egregie obſervavit Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. de ſuſpectis tutoribus.* nec minus Juſtinianus §. 6. *Inſt. eod. tit.* ſic ſcribens, *Suſpectus autem remotus, ſi quidem ob dolum, famoſus eſt: ſi ob culpam non æque.* Imperator dolum opponit culpæ: doli quidem nuncupatione perfidiam, id eſt, conſilium, & ſcientiam, deſignans: at culpæ appellatione culpam latam quam Ulpianus *d. l.* 3. §. *ult.* vocat imperitiam, ſegnitiem, ſimplicitatem, inertiam, ruſticitatem. Huic meæ interpretationi non adferam firmius argumentum, quam quod tutor a tutela numquam removetur ob culpam levem: (quippe, cum ne cauſa quidem ſit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob levem errorem) ſed ob ſegnitiem, ruſticitatem, ineptiam, ſimplicitatem, inertiam, id eſt, ob id quod non eſt idoneus ad adminiſtrandum, ſive ut dixi, ob culpam latam, eum a tutela abire, integra exiſtimatione, (cum nullam meruerit infamiæ pœnam, qui noluit peccare, etſi lapſus ſua ineptia ſocordiaque) rationis eſt, & conſtat teſtimonio Ulpiani *d. l.* 3. §. *ult.* Dixi de re elegantiſſima, quantum ſufficit huic inſtituto. plura ſcribam infra ad Titulum *De ſuſpectis tutoribus*, & jam plura ſcripſi *lib.* 1. *Probabilium c. ult.* ab aliis non animadverſa.

Sequitur alia Edicti pars. *Qui eam quæ in poteſtate ejus eſſet, genero mortuo, cum eum mortuum eſſe ſciret, intra id tempus, quo elugere virum moris eſt, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve ſciens quis uxorem duxerit, non juſſu ejus in cujus poteſtate eſt: & qui eum quem in poteſtate haberet, eam de qua ſupra comprehenſum eſt, uxorem ducere paſſus fuerit.* Hac parte Prætor complures attingit caſus. primum notat patrem qui filiam quam in poteſtate habet, genero mortuo, cum ſciret, eum mortuum eſſe, in matrimonium collocavit intra tempus quo elugeri virum moris eſt, antequam virum elugeret. Prætor non loquitur de mortuo ſponſo; ſed de genero, ſeu viro filiæ quam in poteſtate habet pater. Sponſi igitur nullus luctus eſt *l.* 9. §. 1. *b. t.* ſed generi, id eſt, viri filiæ. Tempus autem luctus a primis reipublicæ temporibus uſque ad Gratianum, Valentinianum, & Theodoſium, fuit decem menſium. inde annus eſſe cœpit *l.* 2. *C. de ſecundis nuptiis.* qua de re uberius *lib.* 3. *De fœnore & uſuris c.* 6. *in fine.* Utitur porro Prætor elugendi verbo, non lugendi. Qui autem luget, debet (quod nos docet Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit. ult.* §. 13) abſtinere a conviviis, ornamentis, & alba veſte. addo, a nuptiis in vidua. Elugere eſt, lugere ad finem: id eſt, dum exſpiret tempus lege præſcriptum. auget enim propoſitum *e* in lugere; ut *de* in depoſito. Inde Livius *lib.* 34. *c.* 7. *Quid aliud in luctu, quam purpuram atque aurum deponunt? quid, cum eluxerunt, ſumunt?* Cæterum non refert Prætor ſe ad tempus quo vir elugetur: ſed quo elugere virum, moris eſt. poteſt igitur fieri, ut elugeatur vir, etiam cum non lugetur. Non ſolent autem lugeri (ut apud Ulpianum ait Neratius *l.* 11. §. 3. *D. b. t.*) hoſtes, vel perduellionis damnati, nec ſuſpendioſi, nec qui manus ſibi intulerunt, non tædio vitæ, ſed mala conſcientia. putat igitur Ulpianus *d. l.* 11. §. 1, etſi talis ſit maritus quem more majorum lugeri non oportet, non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari. & pro cauſa ſubjicit: quod Prætor ſe retulit ad id tempus, quo elugeretur vir qui ſolet elugeri, propter turbationem ſanguinis. *Sanguis* denotat cognationem *l.* 8. *D. de regulis juris. l.* 16. §. 1. *D. de caſtrenſi peculio*, & alibi. etiam accipitur ſanguis pro progenie: ut in illo Horatii, *lib.* 2. *Carm. Od. ult. Non ego pauperum ſanguis parentum, non ego quem vocas, dilecte Mecænas, obibo.* & apud Apulejum *lib.* 4. *De aſino aureo, Parentes tui de tanto ſuarum divitiarum cumulo, quamquam ſatis cupidi, tamen ſine mora parabunt ſcilicet idoneam ſui ſanguinis redemptionem.* Turbatio igitur ſanguinis in propoſito eſt, quam generationis aut ſeminis incertitudinem Juſtinianus vocat *l.* 53. §. 3. *C. de Epiſcop. & Cleric.* Sic, ſi non pepererit ea mulier. alioquin eam quæ intra legitimum tempus partum ediderit, ſtatim poſſe nuptiis ſe collocare, Pomponius putat. quod verum, id eſt, æquum, ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 2. atque ita (ut curioſe obſervat Cujacius *lib.* 6. *Obſerv. c.* 32.) reſtringendus eſt Ulpiani locus ad uxorem ejus mariti quem lugeri more majorum non oportet. nam cæteræ viduæ non alias nubunt intra legitimum tempus, quam ſi hoc a Principe impetraverint *l.* 10. *D. b. t.* aut a Senatu. Meminit Plutarchus, *in vita M. Antonii. Ubi*, inquiens, *placuit utrique conditio, Romam profecti ſunt ad Octaviæ nuptias celebrandas. quia vero vetabat Lex, ne qua mulier, niſi exactis a morte viri decem menſibus nuberet, tempus eſt ei Senatuſconſulto remiſſum.* Eſt tamen & aliud ejuſdem rei exemplum in *l.* 15. *C. b. t.* ſi Populo minuatur luctus decreto Senatus. nam tum, ut Sulpitiæ reſcribit Gordianus, triſtior habitus, cæteraque hoc genus inſignia mulieribus remittuntur: non etiam intra tempus quo his elugere maritum moris eſt, matrimonium contrahere permittitur. Id autem quale ſit, intelligitur ex hoc Feſti, in verbo, *Minuitur. Minuitur populo luctus ædis dedicatione: cum Cenſores luſtrum condiderunt: cum votum publice ſuſceptum ſolvitur Privatis autem cum liberi nati ſunt: cum honos in familia venit: cum pater, aut liberi, aut vir, aut frater ab hoſte captus domum redit: cum deſponſa eſt: cum propiore quis cognatione; quam is qui lugetur, natus eſt: cum in caſto Cereris eſt, omnique gratulatione.* Igitur ſi decreto Ampliſſimi Ordinis luctu fœminarum deminuto, mulier nuptias alias in-

Digitized by Google

intra legitimum tempus ſecuta eſt, tam ea, quam is qui eam duxit uxorem, etiamſi miles ſit, Perpetuo Edicto labem pudoris contrahit *d. l.* 15. niſi tum matrimonium quoque a Principe indulgeatur: ut aliquando permiſſum fuit non prægnantibus. De Caligula Dion *lib.* 59. *pag.* 740. *Juſtitium indixit, luctus inhibuit, ita ut liceret viduis nubere intra conſtitutum quondam tempus, ſiquidem non eſſent prægnantes.*

Porro ait Prætor, *In matrimonium collocaverit.* Id eo pertinet: ut ei quæ virum eluget, intra id tempus ſponſam fuiſſe, non noceat *l.* 10. §. 1. *D. h. t.*

Addit Prætor, *Genero mortuo, cum eum mortuum eſſe ſciret.* Merito, inquit Ulpianus *l.* 8. *D. h. t.* ne ignorantia puniatur. & ſubjicit, quod tempus luctus continuum eſt, & ignoranti cedit ex die mortis mariti: & ideo ſi poſt legitimum tempus cognovit, ipſa die & ſumit lugubria & deponit.

Sequitur in Edicto, *Eamve ſciens quis uxorem duxerit, non juſſu ejus in cujus poteſtate eſt.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 11. §. *ult. D. h. t.* ſic ſcribit, *Notatur etiam qui eam duxit: ignorantia enim excuſatur non juris, ſed facti.* Senſus Ulpiani: quod Prætor ſimpliciter notat eum, qui ſciens eam uxorem duxerit; nec deſiderat, ut duxerit dolo malo. ſufficit igitur Prætori ad infamiam; ſi quis eam duxerit intra legitimum tempus, etſi jus ignoravit, ſi modo non ignoravit factum. ita excuſatur ignorantia non juris, ſed facti. Poteſt hoc confirmari ſimili loco, qui *Tit.* 1. *Collat. Legum Moſaicarum & Romanarum* extat hunc in modum: *Modeſtinus libro Differentiarum ſexto, ſub Titulo De ſcientibus & ignorantibus, generaliter ſic loquitur. Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui ſolet, ſi modo rem facti quis, non juris, ignoret: quæ ſcilicet conſilio delinquentibus præſtari non ſolet. propter quod neceſſarium eſt, addita diſtinctione conſiderare, utrum ſciente, an ignorante aliquo quid geſtum proponatur.*

Addit in eodem verſu Prætor, *Non juſſu ejus in cujus poteſtate eſt.* His verbis excuſatur qui juſſu ejus in cujus poteſtate erat, uxorem duxerit. nimirum viſus Prætori venia eſſe dignus qui obtemperavit *d. l.* 11. §. *ult. D. h. t.* ut in omnibus quæ non habent atrocitatem facinoris.

Supereſt in hoc Edicti verſu. *Et qui eum quem in poteſtate haberet, eam de qua ſupra comprehenſum eſt, uxorem ducere paſſus fuerit.* Quo ſpectent hæc verba, traditum *l.* 11. §. *ult. l.* 12. & 13. *D. h. t.* item *l.* 109. *D. de regulis juris:* quæ eſt ex Pauli lib. 5. Ad Edictum.

Expoſui proximum Edicti verſum. nec interim dixi, quod exſpectabas, de infamia mulieris: quæ cum eſſet ſui juris, ultro nuptias contraxit intra legitimum tempus. nempe, quia in Edicto de ea nihil exſtat hodie; quamvis de ea quoque notanda Edicto comprehenſum fuiſſe, apparet ex *l.* 15. *C. h. t.* item *l.* 11. §. 3. *D. h. t. in fine:* ubi pro, *ſi quis ergo*, ut eſt in Pandectis Florentinis, Accurſii exemplar habet, *ſi qua ergo:* item *notetur*, pro, *notabitur.* ſed nulla opus mutatione: cum juſta ſit locutio Florentini Codicis, *ſi quis ergo.*

Dixi de luctu viduarum mulierum. de virorum luctu quæris? at Seneca, *Epiſt.* 63, *Annum*, inquit, *fœminis ad lugendum conſtituere majores, non ut tam diu lugerent, ſed ne diutius. viris nullum legitimum tempus eſt, quia nullum honeſtum.* Recte igitur Paulus *l.* 9. *D. h. t. Uxores viri lugere non compellentur.*

Difficultas eſt circa luctum parentum & liberorum, cæterorumque agnatorum & cognatorum. Nec tamen ſpecto ad *l.* 11. *h. t.* in qua ſic infit Ulpianus: *Liberorum autem & parentum luctus impedimento nuptiis non eſt.* Me vexat: quod in *l.* 23. *h. t.* idem ſcribit: *Parentes & liberi utriuſque ſexus, nec non & cæteri agnati vel cognati, ſecundum pietatis rationem, & animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit, lugendi ſunt: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Contra enim Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit. ult.* §. 12. *Parentes*, inquit, *& filii majores ſex annis, anno lugeri poſſunt, minores menſe, maritus decem menſibus, & cognati proximioris gradus octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur.* Sic illi: nec eſt dubium, quin ab altero dictum falſum ſit: cum uterque eodem vixerit tempore. interim quo tollam difficultatem, ipſe nihil habeo: niſi placet quod D. Cujacio *lib.* 21. *Obſerv. c.* 12, Ulpianum a Triboniano eſſe inflexum vel ejus arbitratu, vel ad ſua tempora: cum præſertim Paulus videatur adjuvari aliquatenus a Papiniano *l. ult. D. h. t.*

Sequitur ultimus Edicti verſus, *Quive ſuo nomine non juſſu ejus in cujus poteſtate eſſet: ejuſve nomine quem quamve in poteſtate haberet, bina ſponſalia, binaſve nuptias in eodem tempore conſtitutas habuerit.* Hunc verſum tangit Ulpianus *l.* 13. §. 1. 2. 3. & 4. *D. h. t.*

Expoſui Prætoris Edictum, uti extat in *l.* 1. *h. t.* etiam addidi quædam ibi omiſſa; etſi non omnia. fuiſſe enim aliquanto plura, mihi perſuadeo; ſane extat pars in *l.* 15. 16. 17 & 18. *D. h. t.*

De ſepulchri violati actione poſſit deliberari. nam hanc damnato infamiam irrogare, refert Ulpianus *l.* 1. *D. de ſepulchro violato.* ſed non addit; utrum eum nominatim notarit Prætor; an placuerit, ſepulchri violati crimen eſſe ſpeciem furti aut injuriæ; ſub iiſque Edicti ſententia comprehendi.

Similis inſpectio ſit circa actionem ſervi corrupti: quam æque turpibus actionibus annumerat Paulus *l.* 56. *D. Pro ſocio.*

In actione quod metus cauſa aliud cenſeo. nuſquam enim dicitur famoſa. quamquam ſi de dolo agatur ob illatum metum: (quod fie-

ri poſſe, apparet ex *l.* 14. §. 13. *D. Quod metus cauſa*) dubium non eſt, quin qui metum intulit, etiam infamia notetur. ſed tum pertinet ad illam Edicti partem quæ notat damnatum doli mali.

In Fiſci cauſis pacti cum delatoribus, pro confeſſis habentur, ſi modo pretium vel modicum dederint. Sic Ulpianus *l.* 4. *D. de jure fiſci.* ac vix ambigo; quin velit, eſſe infames. eſt enim is locus ex libro Ulpiani 6. Ad Edictum; quo hoc Edictum expoſuit. utrum tamen illi, an Reſcripto, illa infamia debeatur, non definio.

Etiam infamis eſt publico Judicio damnatus *l.* 7. *D. de public. judic.* quod oſtendit Ulpianus *l.* 32. *D. de pœnis* quæ eſt quoque ex lib. 6. Ad Edictum. ſed hanc ſupra explicui.

TITULUS III.

De procuratoribus & defenſoribus.

OPPORTUNE hic ſubjicitur Titulus De procuratoribus & defenſoribus: quia peragendæ liti, præter advocatos, de quibus vidimus, ſolent etiam adhiberi procuratores & defenſores, quos ipſos nec infames eſſe oportebat, ut poſt dicetur. Sumitur autem procurator aliquando late, ut complectatur omnes qui alterius negotia quacumque ratione tuentur. eſt etiam, ubi ſtrictius patet. vel Rubricam vide. procuratorem opponit defenſori. eſtque hoc modo procurator, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat *l.* 1. *D. h. t.* defenſor qui ſine mandato intervenit pro reo. Uſus utriuſque olim fuit valde exiguus. auctorem ejus quod dico, habeo Juſtinianum *pr. Inſt. De iis per quos ager. poſſ.* ait is, nunc agere poſſe quemlibet hominem aut ſuo nomine aut alieno. alieno; veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in uſu fuiſſet, alterius nomine agere non poſſe, niſi pro Populo, pro libertate, pro tutela. præterea erat Lege Hoſtilia permiſſum, furti agere eorum nomine qui apud hoſtes eſſent, vel reipublicæ cauſa abeſſent, quive in eorum cujus tutela eſſeot. cæterum alieno nomioe neque agere, neque excipere licebat. Fundamentum hiſce: quod in Duodecim Tabulis, apud A. Gellium *lib.* 17. *Noct. Attic. c.* 2. ſic extabat: *Cum perorant ambo præſentes.* Et, *Poſt meridiem præſenti ſtlitem addicito.* Ab eadem ratione omnes Legis actiones quas placebat certas ſolemneſque eſſe *l.* 2. §. 5. *D. de origin. juris.* ſic conceptæ fuere, ut unuſquiſque poſſet petere quod ſuom eſſet, aut ſibi deberetur: cæterum ut peteret quis quod alterius eſſet, aut alteri deberetur, nulla prodita ſuit Jure Civili actio. ita percrebuit regula, Nemo alieno nomine lege agere poteſt *l.* 123. *D. de regul. jur.* Servatus is rigor fuit bene longo tempore. deinde temperatus ſenſim: ut ſolent quæ moribus mutantur. nam ſi morbus, aut ætas, & mox neceſſaria peregrinatio, aut alia juſta cauſa, impedimento eſſet hominibus, quo minus ipſi rem ſuam exequerentur, cœperunt per procuratores litigare: facili Prætore, & quod ſuadebat æqui bonique ratio, pro ſua humanitate, indulgente. Teſtis Cicero, *lib.* 2. *Ad Herennium c.* 53. verbis ſequentibus. *Ex æquo & bono jus conſtat, quod ad veritatem & utilitatem communem videtur pertinere. quod genus, ut major annis ſexaginta, & cui morbus cauſa eſt, cognitorem det. Ex eo novum jus conſtitui convenit ex tempore & ex hominis dignitate.* Hoc Cicero, & attingit quoque Juſtinianus *d. pr.* Illud demonſtrandum, quomodo potuerint admitti procuratores: reſiſtentibus actionum formulis certis ac ſolemnibus. Mihi vero videtor huc ducere interrogatio quam in jure adhibebant Veteres. formula erat; *Quando te in jure conſpicio, poſtulo, anne fias auctor.* id eſt, anne ſis ille a quo jus meum debeam perſequi. eam ſormulam Valerius Probus *Not. Veter.* his complectitur Siglis. Q. T. I. I. C. P. A. F. A. nec dubito, quin ad hanc reſpiciat hoc Ciceronis *Pro Cæcina, c.* 19. *Actio eſt in auctorem præſentem his verbis, Quandoquidem te in jure conſpicio.* Sic Veterum librorum fide in ſua editione veriſſime recepit optimus meus quondam Collega, & Amicus cariſſimus, Johannes Georgius Grævius, V. CL. cum a Petro Victorio & aliis Eruditis Viris nullo ederetur ſenſu, *actio eſt in actorem præſentem.* Etiam nuper lubens intellexi familiaribus literis, in eo conſentire mihi V. CL. quem jure amicitiæ ſimiliter honoris cauſa hic appello. Nunc redeo ad formulam. Ea formula ab actoris procuratore rogabatur debitor, eſſetne auctor; id eſt, eſſetne is a quo oporteret eum domioi mandatu ejus jus perſequi. Eodem modo rogabatur rei defenſor, anne fieret auctor. Indicio Feſtus. verba Feſti. *Cognitor eſt, qui litem alterius ſuſcipit coram eo cui datus eſt. procurator autem abſentis nomine auctor fit.* Quod ſi negaret debitor, ſe auctorem eſſe actoris procuratori; quod diceret, ſe cum procuratore oon contraxiſſe; aut contra actor recuſaret rei defenſorem: tum ita interlocutus videtur Prætor: *Si negat, ſacramento quærito.* quam formulam Valerius Probus ſequentibus deſignat literis: S. N. S. Q. Inde, an auctorem fieri oporteret, ſacramento, id eſt, ſponſione certæ pecuniæ, diſceptabatur prius, quam ab eo quid exigeretur. Interim ſi adverſarius admitteret auctorem; aut ſi fateretur, ſe auctorem fieri: tum deinde lite inter eos conteſtata, perinde accepta res fuit; ac ſi ea lis a domino in procuratorem, interve-

veniente delegatione & novatione, eſſet tranſlata, atque hic eam ſuo nomine jam aut moveret aut ſuſciperet *l.* xi. §. i. *& l.* 29. *D. de novation.* Atque hinc dici opinor, procuratorem lite conteſtata effici litis dominum *l.* 22. *&* 23. *C. h. t.* Nec aliunde eſt: quod procurator, etiam poſt exceſſum ejus a quo ſit conſtitutus, poteſt inchoatam litem jurgiumque finire. meminit Julianus *l.* 23. *C. h. t.* quæ eſt deſcripta ex *l.* 1. *Cod. Theod. de cognitoribus & procuratoribus.* quamquam in hac plus dicitur: quod procuratorem, poſt cauſam in judicio publicatam, (Tribonianus dicit, *agitatam*, id eſt, conteſtatam) etiam ad heredes ſuos inchoata tranſmittere, Veteres Juris voluerunt conditores. quod & Symmachus, *lib.* 10. *Epiſt.* 32, confirmat. ſed poſtremum omiſit Tribonianus in *d. l.* 23: quia erat jam a Theodoſio & Valentiniano abrogatum *d. l. ult. Cod. Theod. d. t.* Sed in viam. Ab eadem ratione ſolet in ipſum ferri ſententia, non in mandatorem *l.* 1. *C. de ſententiis. l.* 6. §. 2. *D. de his qui notant. infam.* ſolet item judicati actio procuratori atque in procuratorem dari non domino atque in dominum, utique directo & ſubtili jure, donec quædam Prætor mitigavit pro communi utilitate. Didici ex *l.* 28 *&* 30. *D. h. t.* Cicero quoque oſtendit, *Pro Roſcio Comœdo*, *n.* 31. *Quid intereſt*, inquiens, *qui per ſe litigat, & qui cognitorem dat? qui per ſe litem conteſtatur, ſibi ſoli petit. alteri nemo poteſt; niſi qui cognitor eſt factus. Itane vero? cognitor ſi fuiſſet tuus, quod viciſſet judicio, ferres tuum? ſuo nomine petiit, quod abſtulit, ſibi, non tibi exegit.*

Ab his initiis profecta procuratorum defenſorumque origo, adeo paulatim invaluit: ut tandem Edicto Prætoris palam reciperetur; ac ſive quis rebus ſuis ſupereſſe non poſſet, ſive nollet: per alios vel agere poſſet, vel conveniri *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* cæterum ita attemperata fuit; ne aut rei publicæ, aut privatæ adverſarii, repugnaret. Fuit hoc olim cognitu indifficile ex Edictis quæ tum extitere. nunc pleraque periere injuria temporis. non tamen inutile erit, quæ reſtant Fragmenta, tamquam ex naufragio tabulas, colligere.

Primum Caput tale fuiſſe, ſuſpicor. *Procuratorem ad quamcumque actionem, ſi ei mandatum erit ab eo qui ejus actionis dominus erit, cauſa cognita, admittam.* Ait Prætor, *Procuratorem admittam ad quamcumque actionem.* Verba hæc aut ſimilia in Edicto fuiſſe, ex ſequentibus liquebit. ſunt autem generalia illa verba: ac deſignant, procuratorem a Prætore admitti quacumque in cauſa, modo ſit pecuniaria, & privata. tantum quærit Prætor; utrum actionem habeat qui procuratorem dedit: nec refert ejus, utrum directa ſit actio, an utilis. nam & hæc procuratorem admittit. Exemplum *l.* 42. §. 3. *D. h. t.* cui jungenda *l.* 112. *D. de regulis juris:* eſt enim utraque ex Pauli lib. 8. Ad Edictum. quæritur autem in *d.* §. 3. utrum fideicommiſſarius, reſtituta ei ex Senatuſconſulto Trebelliano hereditate, poſſit heredem fiduciarium dare procuratorem in actionibus utilibus: quærendi cauſa fuit: quod heres fiduciarius, etiam reſtituta hereditate, manet heres §. 4. *Inſt. de fideicom. hered.* ideoque illi ſuo jure competunt actiones directæ; nec opus habet mandatis a fideicommiſſario utilibus *l.* 70. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* Sed reſponſum eſt, fiduciarium heredem a fideicommiſſario ad exercendas actiones utiles recte dari procuratorem; etſi apud eum ſint directæ: eo quod directæ ab eo inſtitutæ, eliduntur per exceptionem reſtitutæ hereditatis *l.* 1. §. 4. *& l.* 27. §. 7. *D. eod. tit.* nec intereſt, utrum quis ipſo jure non habeat actionem; an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur *d. l.* 112. Similis quæſtio in *l.* 8. *D. h. t.* eſt, an filiusfamilias poſſit dare procuratorem ad agendum: in primis ſi non habeat caſtrenſe peculium. nam in hoc pro patrefamilias habetur. dubitatio in eo eſt, utrum quam habeat actionem. & apparet, ei non competere directam: quippe cum ea patris ſit cui adquirit omnia. voluit tamen utilitas, ei interdum dari actionem in factum, ſive utilem. finge: furtum ei factum, aut injuriam. pater abeſt, & patris procurator non vult experiri. ait Ulpianus *l.* 18. §. 1. *D. de judic.* Juliano placuiſſe, poſſe eum utili judicio agere; ne, dum pater exſpectatur, impunita ſint maleficia, quia pater venturus non eſt; vel dum venit, ſe ſubtrahit is qui noxam commiſit. quid ni igitur poſſit pro his dare procuratorem? cæterum ad defendendum, ſi volet, procuratorem dare, ei licet ſequente Edicto *d. l.* 8. nimirum, quia filiusfamilias ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias poteſt *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Quod de filiofamilias dixi, idem de filiafamilias Ulpianus cenſet *d. l.* 8. In ſervo autem, inquit, ſubſiſtimus. nam negotia quidem peculiaria ſervi poſſe gerere aliquem, & hoc caſu procuratorem ejus eſſe admittimus: actionem autem intendere vetamus. eum vero qui de ſtatu ſuo litigat, procuratorem habere poſſe non dubitamus, non ſolum in adminiſtratione rerum, ſed etiam in actionibus, quæ ei vel adverſus eum competant ex dominio vel contractu; ſive ex poſſeſſione ſervitutis, ſive libertatis, de ſuo ſtatu litigat. *l.* 33. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* & eſt ratio *l.* 24. *pr. &* §. 2. *D. de liberali cauſa.* Sic in aliis litibus. nam in cauſa liberali, id eſt, in ea quæ ei movetur de ſtatu, non admittitur procurator: quia hæc cauſa tantum agitur per aſſertorem *pr. Inſt. De his per quos ager. poſſ.* Sed Juſtinianus *l. unic. C. de aſſert. toll.* ſublata aſſertione, ſinit quidem, ex libertate vocatum in ſervitutem, ſtatum ſuum defendere per procuratorem. at

hoc non permittit ei qui ex ſervitute ipſe provocat ad libertatem. Ut igitur quis procuratorem det ad agendum; ſufficit, ei eſſe actionem, ſed, ut dixi, privatam. Inde quæſitum eſt de actione injuriarum quæ proficiſcitur ex lege Cornelia. ea quæſtio proponitur *l.* 42. §. 1. *D. h. t.* huc autem redit: ſitne id judicium publicum, an privatum. nam lege Cornelia agitur ob id quod quis dicit, domum ſuam eſſe vi introitam, aut ſe eſſe pulſatum verberatumve §. 8. *Inſt. de injuriis.* adeo datur pro publica utilitate. exercetur certe vindicandæ publicæ libertatis gratia. Sed verius eſt, eſſe privatam actionem. non enim datur cuilibet ex populo, ſed pulſato aut verberato, id eſt, ei ad quem ea res pertinet. porro non omnis actio quæ ad publicam ſpectat utilitatem, utique publica eſt, & procuratorem reſpuit. argumento eſt actio furti. datur ea procul dubio pro ſecuritate publica; eſt tamen privata, & admittit procuratorem *l.* 4. *C. de furtis.* idem putemus in ea quæ ex lege Cornelia eſt *l.* 37. §. 1. *D. de injuriis.* Sed hoc clare Paulus *d. l.* 42. §. 1. *D. h. t.* Scrupulum tamen his injicit *l.* 12. §. *ult. in fine D. de accuſation.* Sed vide D. Vinnium *ad.* §. 8. *Inſt. de injuriis.*

Similiter fuit quæſitum, an popularis actio procuratorem admittat? ut autem expediatur quæſtio, conjungendæ videntur *l.* 1 *&* 5. *D. de popular. action.* cum *l.* 42. *D. h. t.* ut ſunt omnes ex Pauli lib. 8. Ad Edictum; & ſe invicem juvant. initium explicationis faciam a *d. l.* 5. in qua Paulus actorem diſtinguit a reo. quo modo? ſic ait: *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare poteſt: is autem qui eam movet, procuratorem dare non poteſt.* Nempe popularis actio a parte rei ſequitur ejus damnum & pecuniam. eſt igitur privata ejus lis, ſive res. contra actor magis ſuum jus populi tuetur *d. l.* 1. *D. de popular. act.* ita non eſt actoris actio, ſed populi; unde & publica actio dicitur *l.* 30. §. 3. *D. de jurejurand.* agit enim actor quaſi unus de populo *l.* 43. §. 2. *D. h. t.* eoque modo & ipſe agere poteſt qui hic procurator datur. altero igitur caſu admittetur procurator; quia mandatum accepit ab eo qui eſt litis dominus: altero non admittetur; quia non accepit mandatum a litis domino. altero igitur caſu ſatisfactum Edicto eſt. altero non eſt. Si tamen privato damno ſit adfectus qui populari actione experitur, ut ſi de via publica agit, & privato damno ex prohibitione adficitur: videtur Paulo *d. l.* 42. temperandum quod de populari actione dixit *d. l.* 5: quia dat tum quaſi privatæ actionis procuratorem. multo magis, inquit, dabit ad ſepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet *d. l.* 42. *D. h. t.* ſcilicet, quia vel ſonus viæ publicæ argumento eſt, in ea minus privati juris eſſe, quam in ſepulchro: quod ut ſit religioſum, tamen quodammodo ad familiam aut heredem pertinet, eoque veluti proprietatis cauſam continet *l.* 2. §. 2. *D. de interdict.* Ita commode Paulus *l.* 45. §. 1. *D. h. t.* quæ eſt ex lib. 9. Ad Edictum, *Qui*, inquit, *ita de publico agunt, ut & privatum commodum defendant, cauſa cognita, permittuntur procuratorem dare; & poſtea alius agens exceptione repelletur.* Sic Paulus; & noto, quod in hac ſpecie cauſæ cognitionem deſiderat.

Deinde ait Prætor, *Si ei mandatum erit.* Hæc verba eo pertinent: ut nemo alterius procurator, niſi ex ejus mandato, eſſe poſſit: in primis ſi poſtulet, ſibi dari actionem; neque offerat de rato cautionem. qua enim ratione cuiquam jus ſit, id quod ſuum non ſit, in judicium deducere, invito domino, quo [illegible] de re ſua laboret? reum quoque cur in periculum deducat fruſtra, non juſtior ratio eſt. finge enim, abſolvi: eluſorium erit judicium, ſi repetatur. quid, ſi condemnetur & ſolvat? non magis liberabitur ab eo cujus nomine actum ſit. igitur quocumque inclinet fortuna litis, rei captio eſt: ſi actoris nomine poſtuletur actio; nec mandatum adferatur. Quid, ſi procurator offerat de rato cautionem? nec ſic admittetur; ſi fateatur, non eſſe mandatum. Primum enim quid reo opus litibus ſupervacuis? deinde non facit cautio; ut is cui non ſit mandatum, habeat propriam aut mandatam actionem. præterea datum eſt certis dumtaxat perſonis, ut ſub ea cautione alieno nomine ſine mandato admittantur. At enim actor cogitur, pro reo quemvis admittere deſenſorem. Sed refert, utrum quis pro reo, an pro actore interveniat. altero enim caſu meliorem facit alienam conditionem; altero deteriorem *l.* 39. *D. de negotiis geſtis.* Apparet igitur, ſi non ſit mandatum, & hoc conſtet, procuratorem fruſtra intervenire ex parte actoris *l.* 24. *C. h. t.* nullo diſcrimine, utrum cautionem de rato offerat, an non offerat. Quid, ſi dubitetur, utrum mandatum ſit, an non ſit? forte dices idem quod in ſuperiore ſpecie: nam probationem incumbere ei qui dicit; non ei qui negat *l.* 2. *D. de probationibus.* Sed ne per cauſam incerti mandati litibus injiceretur mora: contra placuit, procuratorem admitti; ſi ſatiſdet, dominum ratam rem habiturum *l.* 1. *C. h. t.* eo quod ſic videtur conſuli utrique, & actori, & reo: illi, ne lis trahatur: huic, ne eadem in re temere repetatur.

Vult igitur Prætor, mandatum eſſe; nil aliud. proinde quocumque modo ſit mandatum, eo poteſt procurator conſtitui, ſive pure, ſive in diem, ſive ſub conditione, etiam uſque ad diem, & in perpetuum *l.* 3. *&* 4. *D. h. t.* quia omnibus his modis recte contrahitur mandatum *l.* 1. §. 3. *D. Mandati.* Adhæc docet Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 10, apud acta Præſidis, & Magiſtratus, procuratorem fieri, etiam per literas, & per nuntium fieri: hoc eſt, non præſentem tantum, ſed abſentem quoque, dummodo certus ſit qui datur, &

ratam

Digitized by Google

ratam habeat dationem *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. *D. h. t.* ſed nec diſtinguimus verba quibus detur procurator. poteſt enim quibuslibet verbis, etiam nudis conſtitui §. 1. *Inſt. De his per quos ager. poſſ.* Unum oportet, ut mandatum ſit: hoc eſt, ut ea cauſa qua de agitur, ſit mandata. Interim ſæpe evenit; ut quæ non continetur mandati verbis, ejus ſententia comprehendatur. etiam evenit; ut mandati verbis contineatur ad quam ejus ſententia non pertingat. quod quale ſit, nunc conſiderandum eſt. Ego autem ſic cenſeo, duo eſſe procuratorum genera: vel enim dari ad agendum, vel ad adminiſtrandum *l.* 43. *D. h. t.* & utroſque vel ad omne negotium, vel ad partem negotii. Hoc modo Paulus, *lib.* 1. *Sentent. tit.* 10. §. 2. *Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res adminiſtrandas datur.* Ita in ſumma omnis procurator eſt vel generalis, vel ſpecialis: etſi plerique etiam faciant tertium qui habeat liberam omnium bonorum adminiſtrationem. Sed ſequor Veteres: qui ex profeſſo dividentes procuratorum ſpecies, tantum duas faciunt, generalem & ſpecialem, tertium ab his ſeparatum faciunt nuſquam. id liquet ex *l.* 1. §. 1. *D. h. t. l.* 12. *D. de pactis. l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando. l.* 12. *D. de ſolutionib. l.* 3. §. 2. *D. judicat. ſolvi.* Non tamen ignoro, alibi fieri mentionem procuratoris, habentis liberam omnium negotiorum adminiſtrationem *l.* 58. *D. h. t.* & *l.* 9. §. 4. *D. de adquir. rer. domin.* Sed meo judicio, tum tantum indigitatur procurator univerſorum bonorum: ut cum dicitur libera teſtamenti factio quæ tantum eſt teſtamenti factio *l.* 35. *C. de inofficioſo teſtam.* & libera peculii adminiſtratio quæ alias dicitur peculii adminiſtratio, ut obſervavi, *De pactis & tranſaction. c.* 27. Igitur ſi cui una mandetur ſpecies; is eam adminiſtrare poteſt, aliam non poteſt: niſi velit mandantis ſententia. tum enim hanc quoque gerere poterit; etſi mandantis verbis non comprehendatur. finge, eſſe, ſine quo expediri nequeat mandatum, de eoque ſilere mandati verba. placet, vel id ad procuratoris curam pertinere: quaſi rem mandans, omnia mandaſſe videatur, ſine quibus res mandata explicari nequeat. Exempla ſunt in *l.* 56. & 62. *D. h. t.* Sic in ſpeciali mandato. Quid, ſi generale ſit? quantum ad verba: non eſt poſitus adminiſtrationi finis. nec poteſt negari, eſſe liberam quam apparet eſſe indeterminatam: ac poteſt ſuo arbitrio procurator, quæ velit, agere omnia. Interim quod mandantis verbis deeſt, ejus mente continetur: ne agat, quod non ſit intra adminiſtrationem, aut quod ſit adverſus fidem bonam *l.* 60. §. 4. *D. Mandati.* atque hoc ſi eſt, ut eſt veriſſimum: nil intereſt, utrum ſimpliciter dicatur habere omnium negotiorum adminiſtrationem, an habere liberam omnium negotiorum adminiſtrationem: concluſa omni ejus libertate intra adminiſtrationem, bona fide gerendam. Non minus vere addam, quærentibus, quid illi liceat procuratori; non eſſe juris, ſed facti, quæſtionem, an ex negotiis ſit quod agit. Sic poteſt decidere, exigente domini utilitate; paciſci donationis cauſa non poteſt *l.* 60. *D. h. t.* nec magis poteſt permutare aut vendere res domini mobiles aut immobiles; quamvis poſſit vendere fructus, & quæ præterea ſervando ſervari nequeunt *l.* 63. *D. h. t. l.* 16. *C. de pactis.* §. 42. & 43. *Inſt. de rerum diviſ.* Ab eadem ratione eſt: quod ut poſſit in judicium deducere actionem domini; tamen non poteſt in judicium deducere eam quæ ad mandantis affectum ſpectat, quam veriſimile eſt non facile eſſe aliis mandaturum. quid igitur eſt? in hac ſpeciale deſideratur mandatum, nec ſufficit generale: ut maxime paratus ſit procurator interponere de rato cautionem *l.* 40. *D. h. t.* Hæc nunc pro inſtituto breviter. plura vide *d. c.* 27. *De pact. & tranſact.*

Ait Prætor, *Ab eo qui ejus* actionis *dominus erit.* Indicat *l.* 1. *D. h. t.* & huc alludunt *l.* 22. *l.* 23. & 24. *C. h. t.* Senſus eſt, procuratorem ad quamcumque actionem admitti; modo ſi mandatum habeat ab eo ad quem ea actio pertinet. talis ante litem conteſtatam eſt qui actionem, ſive in rem, ſive in perſonam, de qua lis ſit, ſibi adquiſivit. poſt litem conteſtatam, qui eam ex domini mandatu conteſtatus eſt. ita non competit ei cui mandata actio eſt, jus ſubſtituendi procuratoris ante litem conteſtatam: quia non eſt litis dominus, nulla adhuc translata actione. poſt litem conteſtatam contra eſt: quia inde incipit lis ad procuratorem pertinere, tamquam dominum. mirum igitur non eſt, ſi inde alium ſibi procuratorem poſſit ſubſtituere *l.* 23. *C. h. t.* Idem in tutoribus. prohibentur hi, ſi pupilli abſint, aut infantes ſint, procuratorem dare ante litem conteſtatam. inde ipſis, quaſi dominis, conceditur procuratorem dare, exemplo procuratorum *l.* x1. *C. h. t.* Etſi hoc difficultatem recipit eo, quod tutores, quatenus ad providentiam pupilli attinet, pro dominis habentur *l.* 27. *D. de admin. tut.* Sed hoc placuit, ſi ipſi agant: non ſi aliorum miniſterio utantur.

Ait Prætor, *Cauſa cognita.* Hæc verba debeo *l.* 45. §. 1. & *l.* 40. *D. h. t.* eſtque his conſequens: ut Prætor procuratorem ad agendum non admittat; niſi ſic, ut non refutetur utilitate juſtæ rationis. ita ſit interdum, ut non admittat procuratorem; licet habeat mandatum, & præterea offerat de rato cautionem: niſi ei nominatim ſit mandatum *l.* 25. §. 1. *D. de minoribus. l.* 66. §. 1. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* Eſt quoque, ubi non aliter admittet procuratorem, quam ſi ei nominatim ſit mandatum, & præterea juſta adferatur cauſa, propter quam ipſe dominus impediatur *d. l.* 40. Mitto *d. l.* 45. §. 1. Tantum de primo Edicti capite.

Sequente pollicetur Prætor, *Sine mandato*

Digitized by Google

ſe admiſſurum parentes, liberos, fratres, adfines, libertos, patronos, maritum, ſi id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdabunt; nec contraria voluntas adferetur. De hiſce Edicto fuiſſe comprehenſum, liquet ex *l.* 3. §. 3. *D. Judicatum ſolvi.* Cauſa Edicti eſt perſonarum conjunctio: qua creduntur ex tacito mandato agere quibus non objicitur contraria voluntas. hoc tamen quia magis conſtat præſumptione, quam veritate, ideo Prætor has perſonas tantum admittit ſub cautione de rato. Ita clare Ulpianus *d. l.* 40. §. *ult. In his*, inquiens, *perſonis in quibus mandatum non exigimus, dicendum eſt, ſi forte evidens ſit, contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, ſed ne contraria voluntas probetur; quamvis de rato offerant cautionem.*

Ait Prætor, *Parentes, liberos*, &c. Etiam feci mentionem *Patroni.* ac vix dubito, quin hoc indigitaverit Ulpianus *l.* 35. *D. h. t.* eoque ibi in fine *pr.* & §. 1. pro, *liberti. Patronus*, ſuadeam reſtitui, *liberti & PATRONUS:* ut vox, *patronus*, ſequens in *d.* §. 1. geminetur. Sane cum in *liberto* hoc Prætori placeat, non eſt cauſa, cur in *patrono* improbaſſe, exiſtimetur. Sed hoc jam conjeci dudum *lib.* 2. *Obſerv. c.* 16. Omiſſus quoque in *d. l.* 35. eſt maritus: cum Edicto comprehenſum fuiſſe, conſtet ex *d. l.* 3. §. 3. & *l.* 21. *C. h. t.* Fecit præterea cauſarum conjunctio; uti ſimile putemus de cónſortibus ejuſdem litis, poſt cauſam legitime ordinatam: id eſt, præparatam: ut erudite obſervat Gothofredus ad *l.* 2. *Cod. Theod. de cognitoribus.* Sed hoc non debetur Edicto; verum *l.* 1. & 2. *C. de conſortib. ejuſd. lit.* concinnatæ a Triboniano ex *d. l.* 2. *Cod. Theod.* Induxit & Conſtantinus aliud *l.* 1. *C. Si per vim vel al. mod. abſ. perturb. ſit poſſeſſ.*

Superiore Edicti Capite demonſtravi, quomodo pro actore conſtituatur procurator. Sequente dicam de ejus officio. de quo ita Prætor. *Cujus nomine quis actionem dari ſibi poſtulabit, is eum boni viri arbitratu defendat, & ei quo cum eo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdet.* Hæc verba extant in *l.* 33. §. 3. *D. h. t.* ſed addenda hæc pauca. *Si non defendat, ſatiſve non det, cum poſtulabitur, actionem non dabo: præterquam ſi præſentis procurator ſit.* Hæc verba, *Si non defendat, actionem non dabo*, collegi ex *l.* 43. §. 4. *D. h. t.* fuiſſe vero Edicti perpetui, docet Antoninus *l.* 5. *C. eod. tit.* nec minus intelligitur ex *l.* 3. *C. eod. tit.* quod enim ibi dicitur, eum procuratorem prohiberi ab adminiſtratione negotiorum, ſecundum formam juriſdictionis, ſic accipiendum eſt, ſecundum formam Edicti perpetui. Sequentia Edicti verba, *Satiſve non det*, non reperio in Pandectis, aut Codice. fuiſſe tamen in Edicto, ſuſpicor ob ſequens Pauli Fragmentum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 10. §. *ult. Si ſatis non det procurator abſentis: actio ei abſentis nomine non datur.* Poſtrema Edicti verba, *Præterquam ſi præſentis procurator ſit*, deſumpſi ex *l. unic. C. de ſatiſdando. l.* 65. *D. h. t.* etiam huc reſpiciunt *l.* 5. 6. 7. *D. eod.* Tantum de conceptione Edicti. ſequitur commendatio. eſt ea, quatenus attinet ad priorem partem, in §. 4. *d. l.* 33. ibi ait Ulpianus, æquum Prætori viſum eſſe, eum qui alicujus nomine procurator experitur, eumdem etiam defenſionem ſuſcipere; ſi reus velit eum reconvenire. & recte: non enim debet rei conditio, admiſſo procuratore, fieri deterior, quam futura eſſet, ſi ipſe interveniret actor. at hoc caſu integram reo eſſe reconventionem, conſtat. quid ni igitur procurator, quem actor pro ſe dat, ejus defenſionem ſuſcipiat?

Ait Prætor, *Cujus nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit.* Verbum hoc, *Quis*, generale eſt, pertinens ad omnem qui actionem poſtulat alieno nomine; ſive agat ex mandatu domini; ſive ei liceat agere ſine eo *l.* 35. *D. h. t.* Quid, ſi quis ſit procurator in rem ſuam: ei donata actione, vel vendita, eaque ex cauſa ceſſa? dicemus, eum teneri, defendere donatorem aut venditorem a quo ceſſa, ſeu mandata eſt donata aut vendita actio? Quæſtio in eo vertitur, utrum actionem ſuo, an alieno, nomine petat? nam ſi ſpectes jus directæ actionis; alieno nomine agit, tamquam procurator. ſin putes exitum rei & finem; ſibi agit, non alii. imo, ſi reſpicias ad actiones utiles, has ſuo nomine exercet *l.* 55. *D. h. t.* ex Conſtitutione D. Pii *l.* 16. *D. de pactis.* itaque ſæpe evenit, ut is perinde habeatur, ac ſi negotio magis ſuo, quam alieno, fungatur. exemplum in milite *l.* 9. *C. h. t.* item in muliere *l.* 4. *C. eod. tit.* Sed hæc prudenter accipienda. ſunt enim tum vera in primis; cum fiunt ſine cujuſquam injuria. at pone, injuriam tertio fieri mandata actione. quid dicemus? proprium negotium eſſe? ego ſi affirmem, vereor; ne me æquitas interpellet. poſſit enim ſic fieri; ne reo ſit copia repetendi eum a quo convenitur: quod jura non ferunt, ut ſupra demonſtratum. Dicam igitur, eum qui ſit in rem ſuam procurator, & utatur directis actionibus, eas poſtulare alieno nomine; tametſi per conſequentiam proſit ſibi. id præter Scævolam *l.* 70. *D. h. t.* probat Ulpianus *l.* 33. §. *ult. D. eod. tit.* tantum unam excipit ſpeciem. ea ſpecies eſt: *Niſi forte ex neceſſitate fuerit factus.* Recte: licet enim & hic magis alienas, quam ſuas, actiones poſtulet: tamen placuit, excuſari eum cui nihil poteſt imputari propter voluntatem quam non habuit liberam: cum cæteris imputetur, cur velint, actiones ſibi mandari ſine neceſſitate. quomodo alibi quoque ſolet hominibus ſuccurri in rebus quas neceſſe habuerint ſuſcipere: etſi eis non ſubveniretur, ſi eas ſponte ſuſciperent ſine neceſſitate: ut apparet ex *l.* 7. §. 1. *l.* 8. §. 4.

Digitized by Google

§. 4. *D. Qui ſatiſdare cogantur.* Ut igitur dominum defendere debeat procurator in rem ſuam, ſi volenti mandatæ ſint actiones: aliud tamen eſt, ſi ex neceſſitate factus ſit. Et eſt exemplum in familiæ erciſcundæ judicio, ſi uni ex pluribus coheredibus adjudicentur actiones cæterorum *l.* 3. *D. Famil erciſc.* Item diviſa inter tutores tutela, ſi a pupillo uni in contutorem mandetur tutelæ actio *l.* 2. *C. de dividenda tutela. l.* 2. *C. Arbitr. tut.* Etiam in uno ex pluribus fidejuſſoribus, petente actiones ſibi cedi adverſus confidejuſſores. Sic eſt; ſi in rem ſuam procurator agat actionibus directis. Quid, ſi utilibus experiatur ſuo nomine? hoc enim poſſe eum ex Conſtitutione D. Pii, ſupra demonſtratum eſt ex *l.* 16. *D. de pactis.* Sed probo ſententiam V. CL. Antonii Fabri *lib.* 12. *Conject. c.* 10: exiſtimantis, Edictum non pertinere ad hunc caſum: in quo procurator actionem poſtulet ſuo nomine: idque agi in *d. l.* 34. *D. h. t.* ideoque ibi pro, *procuratorio nomine*, quomodo hactenus editur, eſſe legendum, *proprio nomine.* Eamque Fabri emendationem aliquot adjutam conjecturis eſſe a V. CL. Henrico Reinoldo *lib. ſing. Variorum c.* 18. non ita pridem vidi lubens.

Sed apparet, Prætorem ſine diſcrimine loqui de eo qui actionem poſtulet alieno nomine: eoque non de procuratore tantum, ſed de tutoribus quoque & ſimilibus. ita ſane Juſtinianus §. 3. *Inſt. de ſatiſdatione.*

Ait Prætor, *Actionem.* Hoc verbum, cum ſpecialiter accipitur, tantum ordinariam actionem in perſonam ſignificat. ſed cum a proprietate recedimus, ut fit aliquando, omnem indigitat actionem; ſive in perſonam, ſive in rem ſit, nec minus perſecutiones extraordinarias *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſign.* item præjudicium, & interdicta, & cætera quæ inſtar actionum habentur *l.* 37. *D. de oblig. & act.* Hanc interpretationem Edictum poſtulat in præſentiarum. nec me fallo, rem perinde accipiens, ac ſi dixiſſet Prætor: Si quis alieno nomine ſibi actionem dari poſtulabit, qualiſcumque ſit actio, in perſonam, in rem, directa, utilis, ordinaria, extraordinaria, præjudicium, interdictum, ſtipulatio Prætoria quæ inſtar actionis habetur; is debet eum cujus nomine actionem poſtulabit, defendere; ſi reus volet eum reconvenire: præterea debet ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdare. ſcilicet, quia non videtur Prætor voluiſſe, procuratorem ſine adverſarii damno conſtitui in una cauſa; in cæteris noluiſſe. Sed hoc clare Ulpianus *l.* 35. §. 2. *l.* 37. *pr.* & §. 1. *l.* 39. *h. t.* Igitur *actionis* verbo Prætor omnem hic intelligit actionem. An & popularem? vix puto: non, quod non ſit actio; ſed quia non petitur alieno nomine tamquam a procuratore; ſed quaſi ab uno ex populo *l.* 43. §. 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Is enim boni viri arbitratu defendat.* Senſus Prætoris eſt, oportere dominum a procuratore defendi ad eum modum ad quem vir bonus arbitrabitur. Verbum autem hoc, *Defendere*, duo complecti, Ulpianus putat *l.* 35. §. 3. *h. t.* primum, facere quod dominus in litem faceret: deinde, cavere idonee: nec debere duriorem fieri procuratoris conditionem, quam eſt domini, præterquam in ſatiſdando. Providentiſſime. ut enim dominus ad ſatiſdationem non teneatur §. 1. *Inſt. de ſatiſdat.* quid ni tamen eam præſtet defenſor? eſt enim quod reo, volenti mutua uti conventione, imputetur; ſi per adverſarii inopiam calumniamve jus ſuum conſequi nequeat. cur enim, cum poſſet, ſibi non proſpexit in perſonam ejus cum quo contraxit. at quod in ipſo reo ſeu debitore æquum eſt, id aliter ſe habet in procuratore; qui adverſario aliquando invito, ſæpe ignoranti, utique volens obvenit, & negotio jam contracto. igitur ut hic reo præſtentur quæ a domino, ſi ipſe ageret, præſtanda forent: merito hoc plus poſtulabit reus; ut ei illam in rem cautum ſit ab initio: ne alioquin ejus jus, eo invito, per cauſam procuratoris defenſoriſve in periculum veniat. hac ratione ſolet dici, Nemo defenſor in aliena re ſine ſatiſdatione idoneus eſſe creditur *d.* §. 1. *Inſt.* Imo is qui alterius defenſionem ſuſcipit, etſi locupletiſſimus, etſi conſularis ſit, non videtur defendere, niſi ſatiſdare fuerit paratus *l.* 51. §. 1. *l.* 52. & 53. *D. h. t.* Sed quid? judicatum ſolvi *d.* §. 1. *Inſt.* hoc eſt, de re judicata, de re defendenda, & de dolo malo. nam tres hæ clauſulæ ea ſatiſdatione continentur *l.* 6. *D. Judicatum ſolvi.* Igitur debet procurator ſatiſdare. præterea debet etiam facere id quod dominus in litem faceret: hoc eſt, debet judicium ſuſcipere *d. l.* 35. §. 3. *D. h. t.* & quidem eodem jure atque eadem conditione qua dominus. proinde ut dominus non cogitur, judicium ſuſcipere alio in loco, quam in quo ipſe agit *l.* 22. *D. de judiciis*: ſic eum cogi, in provinciam de Roma abire, vel e contrario, vel a provincia in aliam provinciam, durum eſt *d. l.* 35. §. 2. Similiter non condemnabitur in ſolidum procurator: ſi non debet dominus condemnari ulterius, quam facere poteſt *l.* 51. §. 1. *D. h. t.* ut enim non debuit adverſarius propter procuratorem minus accipere, quam habiturus eſſet, ſi ipſe egiſſet dominus: ita ei ſufficit, a defenſore conſequi tantum, quantum habiturus eſſet, ſi ipſum conveniſſet dominum. Debet igitur procurator dominum defendere, ſi reconveniatur. ſed quando? Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de ſatiſdando* jubent, defenſionis allegationem fieri in litis exordio: id eſt, ante litem conteſtatam. igitur ſi in exordio ſit omiſſa; poſt litem conteſtatam fiet præpoſtere: ut ſolet dici de exceptionibus dilatoriis ex perſona

ſona procuratoris: quarum hæc eſt ſpecies, comparata videlicet ad removendum procuratorem non paratum, dominum defendere. Satis de priore Edicti membro.

Sequitur poſterius. ejus verba ſunt, ut ſupra dixi ex *l.* 33. §. 3. *D. h. t.* *Et ei quocum eo nomine aget, id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu ſatiſdet.* Eſt vero & ſua huic parti æquitas: cum poſſit qui per procuratorem conveniatur, metuere; ne dominus iterum de eadem re experiatur; & abſolutum judicis ſententia non ſatis tueatur rei judicatæ exceptio. Vult igitur Prætor, de rato ſatiſdari, id eſt, datis fidejuſſoribus, de rato caveri, ab eo qui ſibi actionem alterius nomine poſtulabit. Nec diſtinguit Prætor actionem. itaque, ut ſupra, ſic hic dicemus, quacumque actione agatur alieno nomine, oportere hunc qui eam poſtulabit, cavere id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit. Cæterum, (quod ex Pomponio obſervat Ulpianus *l.* 39. §. 1. *D. h. t.*) interdum debebit procurator, licet ſuo nomine experiatur, de rato cavere: & adfert duo exempla Ulpianus. unum eſt, Si procuratori conſtitutum eſt, & ex ea cauſa agat. ait enim Ulpianus, eſſe de rato cautioni locum, idque Pomponium ſcribere. alterum exemplum eſt, Si jusjurandum reo delatum a procuratore actoris, procuratori referatur, & is juravit, actori dari oportere. agit enim hoc judicio ſuo nomine propter ſuum jusjurandum; nec potuit hæc actio domino competere: ſed debebit de rato cavere. Nec obſtat *l.* 9. §. *pen. D. de jurejurando:* ut ſub illo Titulo dicetur.

Similis inſpectio eſt, cui cavere is procurator debeat. Ait autem Prætor, *Ei quocum eo nomine aget.* Sic ſcripturam reſtituit Accurſius. Florentiæ editur, *Ei quo nomine:* nullo ſenſu. malim igitur, *Ei quocum eo nomine aget.* Hic vero eſt reus.

Deinde ait Prætor, *Id ratum habere eum ad quem ea res pertinet.* Dicit, *habere* pro *habiturum eſſe*, ſatis uſitata loquendi forma. Per eum autem ad quem ea res pertinet, intelligit dominum litis, & ſolum: ut bene obſervat Ulpianus *l.* 39. §. 2. *D. h. t.* nam ad eum res principaliter pertinet. addit, cæteros creditores eo verbo non contineri: & præfatur, nam nec ipſi domino hanc cautionem incumbere. ſenſus Ulpiani: quod ea lis ad creditores quidem per conſequentiam pertinet: at principaliter ad eos non pertinet. igitur cum domino non incumbit ea cautio, non eſt cauſa, cur incumbat ejus procuratori. Eodem ſpectat *l.* 39. §. 3. *& ſeqq. D. h. t.*

Porro ait Prætor, *Boni viri arbitratu.* Hæc verba, ut vidimus, etiam in ſuperiore extant Edicti parte: ſed ibi ad modum defenſionis, hic ad tempus ſatiſdationis, ſpectant. Huc igitur redit Edicti ſenſus: ut procurator ſatiſdet, cum vir bonus arbitrabitur, eum oportere ſatiſdare, dominum rem ratam habiturum. hoc vero incidit, quoties abſens dedit procuratorem. nam præſentis procuratorem Prætor excepit ſequentibus verbis, *Præterquam ſi præſentis procurator ſit.* Idem tamen vel in abſentis procuratore eſt obſervandum, quoties reo non eſt periculum; ne dominus, non præſtita cautione, de eadem re iterum experiatur: non arbitraturo facile viro bono, vel talem procuratorem ſupervacua cautione onerari. hoc certe æquitas ſuggerit, etſi jure deficiamur. Proinde videamus, quando ab abſente metui poſſit tale periculum. Dices: quoties incertum mandatum eſt. & ſic definitum *l.* 1. *C. h. t.* Sed jam ſequens quæſtio eſt, quodnam videatur incertum mandatum? Ulpianus vero in *l.* 3. §. 2. *D. Ut in poſſeſſ. legat.* ſic finit: Si dubitetur, an mandatum ſit, vel non ſit, de rato cautio erit exigenda. Eoque modo etiam de tutore idem loquitur *l.* 23. *D. de adminiſtrat. tutorum:* qui locus eſt ex lib. 9. Ad Edictum. Igitur ſi evidens ſit mandatum, non exigitur ab abſentis procuratore de rato cautio: nec magis; ſi fateatur is procurator, non eſſe mandatum: quia tum removetur tamquam falſus. quid ſi dicat, mandatum eſſe, ſed non probet? nil muto. quio ut probetur abſentis mandatum; nec ſic certum habetur: ſi talis ſit probatio; ut ea reus, cum volet, uti nequeat, actore iterum de eadem re agere cogitante. Hoc ſenſu accipio illud Ulpiani *l.* 5. §. 18. *D. de novi oper. nunc.* *Qui procuratorio nomine nunciaverit, ſi non ſatiſdabit, eam rem ratam dominum habiturum: nunciatio omnimodo remittitur, etiamſi verus ſit procurator.* Quod ſi probari poſſit mandatum, quoties res exigit; contra dicendum eſt, ſupervacuam eſſe cautionem: quia jam pro certo eſt mandatum; neque umquam metuitur periculum. Talis caſus eſt; ſi abſens dominus ad adverſarium dirigat literas quibus ſignificet, quem & in qua cauſa procuratorem adverſus eum fecerit; ſeque ratum habiturum cum eo geſtum. hoc certe caſu literis ejus approbatis, velut præſentis procuratorem intervenire intelligi, Modeſtinus ſcribit *l.* 65. *D. h. t.* atque ut is locus eſt ex *libro ſingulari De Eurematicis:* in quo ille remedia, pro molliendo Juris rigore ſapienter inventa a Juriſconſultis, curioſe enarrat: ſic apparet vel hoc eorum prudentiæ deberi. Simile videor mihi obſervare Eurematicum in *l.* 21. *D. Ratam rem haberi* quæ eſt ex *libro* 1. *Opinionum* Ulpiani: cujus hæc ſunt verba. *Ne ſatiſdatio ratam rem dominum habiturum exigatur, in his quæ nomine ejus ageret qui eum ſe feciſſe procuratorem libello Principi dato profeſſus eſt, prodeſt. quod ſi judicatum ſolvi ſatis ab eo procuratore poſtuletur, neceſſe eſt, ut juri manifeſto pareatur.* Sic ubique editur; & repræſentant Græci, *Baſilic. lib.* 9. *tit.* XI. *tom.* 1. *p.* 577. Fuit tamen, cum ſuſpicarer, pro, *libello Principi oblato*, poſſe aptius ſcribi, *li-*

bello

bello Prætori oblato: eamque mutationem deberi ambiguitati Sigli, PR: quo Siglo tam *Princeps*, quam *Prætor*, ſignificatur. ego vero malebam *Prætori* legere, quam *Principi:* & eſſe Ulpiani ſenſum: Si quis actor, libello Prætori oblato, id eſt, apud acta, profeſſus ſit, ſe feciſſe procuratorem: eum efficere, ne a procuratore exigatur ſatisdatio dominum rem ratam habiturum: ſed ſi a procuratore poſtuletur ſatisdatio judicatum ſolvi; tum eam libelli profeſſionem ei non prodeſſe, etſi apud acta factam: ſed nihilominus deberc hanc ſatisdationem præſtari ex Edicto. Cæterum quod hic dixi Eurematicum Ulpiani (tale enim re vera eſt, ſicut & aliud conſimile ab eo dedi infra ſub Titulo *De alienat. judic. mut. cauſ.* ex *l.* 11.) hoc ajunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de ſatiſd.* jam ſuo tempore non incerti juris fuiſſe.

Sed redeo ad Edictum. ait igitur Prætor, *Præterquam ſi præſentis procurator ſit.* Hæc vero verba ad utramque Edicti partem pertinent. & ideo ſi dominus ſit præſens; non tenebitur procurator judicium ſuſcipere, neque ſatiſdare *l.* 10. *l.* 65. *D. h. t.* quia eo admiſſo, nulla adverſario fraus ſit: quin ut ſacilis eſt mandati exploratio, evocato ad Prætorem domino: ſic difficilis non eſt actoris conventio. Illud videamus, quiſnam in Edicto præſens intelligatur. Primum non dubitamus, præſentem videri eum qui in jure eſt; nec minus illum qui eſt in foro; quive in urbe; aut in continentibus ædificiis *l.* 6. *D. h. t.* item qui eſt in hortis *l.* 5. *D. h. t.* nam & hortos in continenti Urbis fuiſſe, commode obſervat V. Cl. Barnabas Briſſonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 13. & ideo ejus qui in his eſt, procurator præſenti eſſe videtur *l.* 7. *D. h. t.*

Poſtremo ait Prætor, *Si non defendat, neque ſatiſdet, cum poſtulabitur, actionem non dabo.* His verbis continetur pœna procuratoris non defendentis aut ſatiſdantis, cum poſtulabitur. ea pœna eſt, ne ei detur actio quam poſtulat alieno nomine *l.* 43. §. 4. *D. & l.* 5. *C. h. t.* eſtque extra dubium, ſi procurator nondum ſatiſdedit judicatum ſolvi, non procedi ultra Edicti pœnam: nec invitum compelli, judicium ſuſcipere. at ſi ſatiſdedit defendendi gratia, an aliud dicendum ſit, a Veteribus varie tractatum fuiſſe, in ſequentibus oſtendam. Huc uſque de actoris procuratore.

Porro diſputabo de eo qui pro reo intervenit: nam ne hunc quidem neglexit Prætor. & poteſt videri in hunc edixiſſe ſenſum: *Procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum, pro quo conſentiente dominus judicatum ſolvi ſatiſdabit, item eum qui ſe alterius defenſioni offeret, ſi judicatum ſolvi boni viri arbitratu ſatiſdabit, admittam.* Hoc Caput attingit Modeſtinus *l.* 10. *D. Judicatum ſolvi.* habet autem ſummam æquitatem: quando publice utile eſt, abſentes a quibuſcumque defendi *l.* 33. §. 2. *D. h. t.* hac ratione poſſunt geri negotia abſentis, etiam ignorantis & inviti: ne alioquin indefenſi patiantur rerum poſſeſſionem ac venditionem, vel pignoris diſtractionem, vel pœnæ committendæ actionem *l.* 1. *D. de negotiis geſtis.* Sed intereſt inter hoc & ſuperius Caput: quod hic poteſt defenſio vel ſine mandato permitti: illic non poteſt: eo quod hoc caſu melior ſit abſentis conditio; illo deterior *l.* 39. *D. eod. tit.* Utilitas igitur facit rei defenſioni locum etiam ſine mandato. Niſi iniquum eſt; quod alius debitor invito offertur creditori. Sed bonum factum Prætoris: ne actori vel hinc ſit quiritandi cauſa, a defenſore exigentis judicatum ſolvi ſatiſdationem boni viri arbitratu. ea facta, quid intereſt actoris, utrum hunc, an illum, habeat debitorem: cum poſſit jus ſuum ab utroque peræque conſequi. Atque hoc generaliter conſtitutum eſt; eoque pertinet ad omnes cauſas *l. unic. C. de ſatiſdando*; nec minus ad omnes perſonas, etiam locupletes & idoneas: prorſus, ut nemo in aliena re ſine ſatiſdatione idoneus defenſor eſſe intelligatur *l.* 46. §. 2. *l.* 51. §. 2. *l.* 53. & 54. *D. h. t.* At enim nemo eſt ſupervacua cautione onerandus. Sit ita: ſed cautio quam Prætor a defenſore, etſi locuplete exigit, minime ſupervacua eſt. facile enim poteſt deſinere, locuples eſſe, qui eſt talis. poteſt etiam fieri, ut ſit actori tutius aut commodius, fidejuſſores, quam defenſorem, convenire. porro quid opus, actorem onerari inquiſitione in facultates defenſoris cum quo illi nihil eſt negotii, ſi Jus Civile ſpectes, & in quem demum per Edictum incidit? Sic; ſi ſine mandato intervenit rei defenſor. quid, ſi ex mandato ejus, & hoc conſtet? movet dubitationem, quod damnato procuratore, adhuc in dominum datur judicati actio *l.* 4. *D. de re judicat.* Sed, puto, hic idem dicendum quod ſupra: cum id aperte tradatur *l. unic. C. de ſatiſdand.* Nec obſtat, quod judicati actio datur in dominum. Nam ab initio aliter fuit, ut ante monui; & quamquam id deinde eſt mutatum; manſit tamen hac in parte jus priſtinum: quia actori eſt quidem cautum actione judicati adverſus dominum; ſed non adverſus procuratorem, ne is litem moretur, dolumque malum abeſſe, & abfuturum præſtet. Plane ſuffecerit, ſi dominus ipſe præſens procuratoris ſui perſonam per judicatum ſolvi ſatiſdationis ſolemnes ſtipulationes firmet, vel extra judicium exponat ſatiſdationem per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus judicatum ſolvi ſatiſdationis clauſulis, aut alioquin id repromittat, & præterea caveat, adfuturum ſe judicio tempore recitandæ ſententiæ: ut diſcitur ex §. 4. *Inſt. de ſatiſdation.* Sed hæc utrum ſint ex Edicto, an ex interpretatione ejus, quod indicare videtur Juſtinianus, ſubdubito; & ideo ab Edicto omiſi.

Vult igitur Prætor, ab eo qui pro reo intervenit, præſtari judicatum ſolvi ſatiſdationem. at de rato ſatiſdatione nihil addit. quare

hanc a defenſore abſentis præſtari, nihil attinet: maxime, ſi ſit in perſonam actio *l.* 45. §. *ult. D. h. t. & l.* 5. §. *ult. & l.* 6. *D. de nov. op. nunc.* tum enim quid intereſt actoris, utrum rem ratam habeat reus, an non habeat: quia de ſuo ſolvit defenſor condemnatus: eoque modo reus etiam invitus liberatur. In actionibus in rem aliud eſt *l.* 40. §. 2. *D. h. t.* contraria ratione: nam actoris intereſt, in ea actione ſibi a defenſore caveri de rato: quia litem obtinenti reſtituitur fundus rei. hunc igitur quid ni vindicet, ſi revertatur, reus? certo, quod inter alios actum eſt, aliis præjudicare non oportere. Hoc exemplo, ſi a procuratore de ſtatu agatur actione præjudiciali; (ſunt enim actiones præjudiciales in rem §. 13. *Inſt. de actionib.*) ſemper compellitur procurator de rato cavere: ſive is procurator aliquem petat in ſervitutem: (quo caſu actoris partes implet *l.* 7. §. *ult. D. de liber cauſ.*) ſive quis ipſe proclamet in libertatem: (quo caſu procurator ſuſtinet defenſoris partes *d. l.* 7. §. *ult. & l.* 12. *D. de except.*) utroque igitur caſu, ne impune pro ſuo ſtatu ſæpius conveniatur, debet ei procurator de rato cavere *l.* 8. §. 2. *D. Rat. rem haberi*: perinde quaſi ex utroque latere actor habeatur. atque hoc etiam Edicto fuiſſe comprehenſum, Ulpianus ait *l.* 39. §. 5. *D. h. t.* Hoc quidem in actione in rem. at aliud eſt in actione in perſonam, ut dixi. niſi ſi agitur de eo quod ipſius rei habeatur. tum enim ſimiliter actoris intereſt, a defenſore, præter judicatum ſolvi ſatiſdationem, præſtari ſatiſdationem de rato: eo quod hic quoque poteſt metui; ne deinde iterum experiatur reus, non habens ratum quod a defenſore geſtum ſit. talis caſus in *l.* 39. §. *ult. D. h. t.* eſt: Si ſuſpectus poſtuletur tutor, & quis ſit ejus defenſor. quem non placet admitti, niſi præſtita cautione de rato; ne reverſus tutor velit retractare actum: quod denegari volenti, famam ſuam tueri, non eſt æquum. ne igitur hac ratione inane fiat hoc judicium, proſpiciendum actori fuit cautione de rato *l.* 6. *D. Rat. rem hab.* Interim monet Ulpianus *d.* §. *ult. l.* 39, quod non facile per procuratorem quis excuſabitur: (ita habent plerique libri, quamquam Florentiæ eſt, *accuſabitur*) quoniam famæ cauſa eſt: præterquam in duobus caſibus. quorum unus eſt, Niſi conſtet, ei a tutore mandatum nominatim. alter eſt, Aut ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, Prætor erat cogniturus. quod quando contingat, apparet ex *l.* 7. §. *ult. D. de ſuſpect. tutor.* Eſt & alius caſus quo quis ejuſdem actionis nomine & de rato caveat, & judicatum ſolvi *d. l.* 39. §. 6. *D. h. t.* Fac: minor poſtulat reſtitui adverſus venditionem a ſe factam: quod dicit, ſe eſſe circumſcriptum lubrico ætatis. abſentis actoris defenſor hic rei partes ſuſtinens, ſatiſdat non tantum judicatum ſolvi, ſed etiam de rato: propterea quod ita facienda eſt in integrum reſtitutio, ut unuſquiſque integrum recipiat jus ſuum *l.* 24. §. 4. *D. de minor.* poteſt igitur fieri, ut poſt reſtitutionem minoris reverſus emptor aliquid a minore petat quod ejus defenſor non petit ex cauſa emptionis. proinde ut per omnia ratum ſit judicium a minore exercitum cum defenſore actoris; etiam præſtanda minori eſt de rato cautio.

Deinde ait Prætor: *Procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum pro quo conſentiente dominus judicatum ſolvi expoſuit, judicium accipere cogam.* Hoc Capite indicat Prætor officium procuratoris a reo dati ad litem ſuſcipiendam: cum pro eo conſentiente dominus ſatiſdationem judicatum ſolvi expoſuit. ait vero Prætor, id officium conſiſtere in eo, ut is procurator hoc judicium ſuſcipiat. quod ſi ceſſet facere: promittit Prætor, ſe eum coacturum, judicium ſuſcipere. loquitur autem Prætor nominatim de rei procuratore; non de ejus defenſore: & ideo quod de altero dicitur, (quantum ad verba attinet: nam de mente poſtea diſputabitur) ad alterum extendi non oportet. idem cenſeo de procuratore actoris: nam de hoc quoque ſilet Prætor. Ait igitur Prætor, ſe coacturum rei procuratorem, judicium accipere; cum pro eo conſentiente dominus ſatiſdedit judicatum ſolvi. videtur autem Ulpiano procurator conſentire; ſi dominus hoc fecit, eo ſciente & non contradicente. quod ſi aliter actum eſt, ait Ulpianus, incivile quidem eſſe, inſcium teneri procuratorem: ſed ob rem non defenſam, nihilominus committi ſtipulationem *l.* 15. *D. h. t.* Deſiderat igitur Prætor procuratorem, ſed conſentientem. ad quid? de hoc deliberabimus. nam inde pendet vis & ratio coactionis quam pollicetur Prætor. eſt autem ejus ſcopus, utrique conſulere, & actori & domino: huic, ne adverſus eum committatur aut ſtipulatio aut ſatiſdatio quam pro eo conſentiente expoſuit: illi, ne ejus actio pereat, neve aliter ferat damnum ex judicii mora & tractu. utrumque providentiſſime: cum enim paſſus eſt procurator, pro ſe a domino ſatiſdari judicatum ſolvi: intelligitur & cum domino & cum actore eſſe pactus de accipiendo judicio: præëuntibus his Edicti verbis, *Pro quo conſentiente dominus ſatiſdationem expoſuit.* nam conſentientem accipimus eum qui conſenſit, ut litem ſuſcipiat; in eamque rem non minus cum actore, quam cum domino conſentit: cum præſertim ad litem ſuſcipiendam datus proponatur procurator, & quidem a reo: at cui, niſi actori, a quo is cogitur rem ſuſcipere. ita neceſſe eſt, procuratorem in eam rem conſentire tam cum actore, quam cum reo, id eſt domino: cum conſtet, ita comparatum eſſe jure civili; ut quod inter alios pactum conventum eſt, aliis neque proſit, neque noceat.

Cæterum ait Prætor, *Cogam judicium accipere.* Hæc vero verba oſtendunt, procuratorem a reo datum, non ultra, quam ad ju-

di-

dicium ſuſcipiendum teneri. idemque liquet *l.* 43. §. *ult. D. h. t.* proinde licet ei ſuſceptam litem deſerere, ſi velit: nec cogitur, ſi condemnatus ſit, appellare. merito: quia nil intereſt actoris: qui ſuſcepto judicio, poteſt conſequi, ut ſententia adverſus abſentem feratur *l.* 73. *D. de judiciis.* procurator vero ſi non appellet a lata ſententia; magis prodeſt actori, quam nocet.

Porro cum ait Prætor, *Cogam:* intelligit coactionem, ſolitam fieri remediis Prætoriis, id eſt, mulctæ dictione & pignoris captione: ut apparet ex *l.* 15. *l.* 43. §. *ult. & l.* 45. *D. h. t.* Illud non eſt prætereundum, quod Ulpianus obſervat, hunc procuratorem ad ſuſcipiendum judicium cogi, non modo vivo domino, ſed mortuo quoque *l.* 15. *D. h. t.* ſine dubio, quia domini mandatum per cautionem deſiit eſſe integrum.

Igitur hoc modo cogitur procurator ad ſuſcipiendum judicium. an indiſtincte? ſorte dices: cauſatus, generalia eſſe Prætoris verba; ex iiſque conjecturam fieri de ſententia, ut in *l.* 8. *D. de Public. in rem act.* Sed æquius eſt, (quod Ulpianus ſcribit *l.* 13. *D. h. t.*) hæc eſſe neque paſſim admittenda, neque diſtricte deneganda; ſed temperanda a Prætore, cauſa cognita: ut & factum in Edicto de in jus vocando *l.* 11. *D. de in jus voc.* nec eſt obſcura hujus interpretationis ratio: quod ſatiſdatio judicatum ſolvi creditur fieri arbitratu boni viri: non facile arbitraturi, ut is qui adfert juſtam excuſationis cauſam, nihilominus cogatur defendere. Ex cauſa igitur non compelletur procurator judicium ſuſcipere: præſertim ſi ſit nova: ut bene Paulus *l.* 14. *D. h. t.* & ſunt exempla *l.* 8. §. *ult. & legibus ſequentibus D. h. t.*

Hactenus de Edicti verbis: reſtat, ut ejus mentem conſideremus. nam verba, ut demonſtratum eſt, volunt, procuratorem rei pro quo dominus expoſuit judicatum ſolvi ſatiſdationem, cogi ad judicium ſuſcipiendum. non idem dicunt de defenſore rei qui talem ſatiſdationem pro ſe ipſe expoſuit: nec magis loquuntur de procuratore actoris; ſi, reo volente, eum reconvenire, ipſe pro ſe ſatiſdedit judicatum ſolvi. lis utraque in ſpecie eſt de Prætoris ſententia. non enim convenit inter Veteres; ſi judicatum ſolvi ſatiſdederit aut actoris, aut rei defenſor, an exemplo hujus Edicti, poſſit aut hic, aut ille compelli, judicium ſuſcipere. hujus ſedes quæſtionis eſt in *l.* 35. §. 3. *l.* 43. §. *ult.* item *l.* 44. & 45. *D. h. t.*

Initium faciam a *l.* 35. §. 3: ubi talia ſunt Ulpiani verba. *Præter ſatiſdationem procurator ita defendere videtur, ſi judicium accipiat. unde quæſitum eſt apud Julianum, an compellatur: an vero ſufficiat ob rem non defenſam ſtipulationem committi? & Julianus ſcribit libro tertio Digeſtorum, compellendum accipere judicium: niſi & agendum cauſa cognita recuſaverit, vel ex juſta cauſa remotus ſit.* Ulpiani diſputatio eſt de procuratore actoris qui poſtulata domini nomine actione, a reo reconventus, eſt paratus dominum defendere, ac jam ſatiſdedit judicatum ſolvi. ponit autem pro certo Ulpianus, eum procuratorem videri ita defendere, ſi judicium ſuſcipiat; ac ſi ceſſet; poſſe, ob rem non defenſam, actione ex ſtipulatu conveniri ad id quod intereſt adverſarii, judicium eſſe ſuſceptum: ſed quæſitum eſſe apud Julianum, ſi non ſuſcipiat judicium; utrum compelli poſſit, judicium ſuſcipere; an ſufficiat, ſtipulationem ob rem non defenſam, committi? In ea quæſtione ait Ulpianus, Julianum ſcribere, compellendum, accipere judicium: id eſt, ut mihi videtur, etiam compellendum: uſitata loquendi forma quam alibi indicavi pluribus. quæ autem moverit Julianum cauſa, non addit Ulpianus. ſed hæc fuit, quod defenſor, cum ſatiſdedit, eſt domini loco habendus. nec multum ei præſtaturus eſt Prætor, ſi eum non coëgerit judicium accipere: cum ad fidejuſſores ejus iri poſſit, & hi quidquid præſtiterint, a defenſore conſecuturi ſint. ſic ipſe Julianus *l.* 76. *D. h. t.* Igitur ei placuit, procuratorem non modo teneri actione ex ſtipulatu; ſed etiam extra ordinem compelli, judicium accipere: exemplo Edicti quod eſt in *l.* 8. §. *fin. D. h. t.* Hoc Julianus & diſtricte: ut apparet ex *d. l.* 76. Sed Ulpianus *d. l.* 35. §. *ult.* uſus temperamento his verbis: *Niſi recuſaverit procurator agere, cauſa cognita, vel juſta ex cauſa fuerit remotus.* Idem fuit; ſi defenſor rei ſine mandato interveniens, ſatiſdationem judicatum ſolvi pro ſe ipſe interpoſuerit. omitto *d. l.* 76. quæ eſt Juliani. ita Labeo: inter quem & Sabinum non convenit. ac mihi perſuadeo, Paulum a parte Sabini ſtetiſſe *d. l.* 43. §. *ult. & l.* 45. Ulpianum contra a parte Labeonis *d. l.* 44. Sed rem putemus. Sermo Pauli *d. l.* 43. §. *ult. & l.* 45. eſt de eo qui non cogitur abſentem defendere: qualis eſt qui pro abſente reo ſponte intervenit ſine mandato. is enim ſi velit, poteſt, ſi nolit, invitus non cogitur defendere. id inquit Paulus, eſſe verum; quamdiu non interpoſuit ſatiſdationem judicatum ſolvi defendendi rei gratia. ſed ſi judicatum ſolvi ſatiſdedit, defendendi abſentis gratia: cogendum, judicium accipere: nempe, ne decipiatur is qui ſatis accepit. ait tamen Paulus, ex ſententia Labeonis rem temperari, cauſa cognita. fac: eſt captio actoris propter tractum temporis; ut ſi ejus actio tempore peritura ſit: ait, rationis eſſe, cogi procuratorem judicium accipere, ne ejus mora lædatur reus. e contrario finge, interveniſſe novam cauſam de qua ab initio non fuit cogitatum: puta, adfinitatem eſſe diremptam, aut inimicitias interceſſiſſe, aut bona abſentis poſſideri cœpiſſe, vel (quod ex Ulpiano ſubjicitur *d. l.* 44. *D. h. t.*) ſi longinquo ſit abfuturus, vel alia juſta cauſa in-

tervenerit: placuit Labeoni, non cogendum procuratorem judicium ſuſcipere. quippe cum defenſionem ſuſceperit non ſimpliciter; ſed arbitratu boni viri. Hæc Labeonis ſententia. Alia fuit Sabini. putavit is, ſi judicium non ſuſcipiat defenſor, etſi præſtita ſatiſdatione judicatum ſolvi: nullas eſſe Prætoris partes ad compellendum defendere: nam ſufficere, ob rem non defenſam agi ex ſtipulatu: ac ſi habeat juſtam cauſam, cur nolit accipere judicium: non teneri fidejuſſores; eo quod procurator promiſit rem defendere non ſimpliciter; ſed arbitratu boni viri; non arbitraturi, eum qui habet juſtam excuſationem, cogi defendere: quod ſi non habeat talem cauſam; condemnari, quanti ea res eſt. ac pro Sabino facit: quod verba Edicti quod eſt in *d. l.* 8. §. *fin.* ſaltem attingunt procuratorem pro quo dominus ſatiſdedit: cum noſter ſermo ſit de procuratore qui pro ſe ipſe ſatiſdedit. noluit igitur Sabinus, huc extendi ejus Edicti verba, cum deficiant: neque ſententiam; cum non appareat extendendi cauſa. utique poteſt iſto caſu aliter conſuli indemnitati actoris per actionem ex ſtipulatu; illo non poteſt ſine incommodo domini: quia ipſe ſatiſdedit, non procurator. noluit igitur Sabinus, eſſe locum extraordinario remedio, ubi ſuppetit ordinarium. Aliquis dicat: igitur committes Veteres Juriſconſultos. ego vero puto, inanem eſſe laborem ejus qui ſtudeat conciliare eos qui conciliari nolint.

Age nunc diſpiciamus de mutando procuratore, ſi hoc fieri poſtulet dominus qui eum dedit. nam de eo quoque fuit Edicti caput: cujus verba quidem non extant: at ſententia (quantum apparet ex Paulo & Ulpiano *l.* 16. & 17. *h. t.*) talis eſt. *Ante litem conteſtatam libera poteſtas erit ei qui procuratorem dedit, vel mutandi procuratoris, vel judicium ſuſcipiendi. poſt deinde illi mutandi procuratoris, litiſve transferendæ poteſtas, præterquam cauſa cognita, non erit.* Cauſa hujus Edicti eſt poſita in natura mandati: a quo poteſt recedi, re integra: poſt non poteſt. Accedit, quod procurator, lite conteſtata, fit litis dominus. is vero qui eum dedit, lite conteſtata, deſinit eſſe litis dominus. eſt igitur rationis, ne dominus deinde revocet mandatum, invito adverſario, cum quo litis conteſtatione eſt a procuratore quaſi contractum. non magis debet dominus procuratorem impedire, quo minus ipſe rem ſuam adminiſtret. ita, ſi dominus temere petat, procuratorem poſt litem conteſtatam mutari, litemve in ſe transferri. at ſi id juſte poſtulet; denegandi cauſa non eſt *l.* 22. *C. h. t.* quia, ut juris ſubtilitate jam non ſit litis dominus, tamen quatenus ad eum pertinet litis exitus, quid ni hactenus dominus habeatur? Niſi ſit procurator in rem ſuam: tum enim aliter obſervatur; ſive conteſtata lis ſit, ſive non ſit: ſcilicet, quia hic nomine procurator, re vera dominus eſt, & proprium gerit negotium. quapropter etiam habet utiles ſuo nomine actiones: quas ei nec auferre dominus poteſt ullo jure *l.* 55. *h. t.* Cavet igitur Prætor: ne dominus qui procuratorem dedit, poſt litem conteſtatam, aut procuratorem mutet, aut litem in ſe transferat, niſi cauſa cognita. Ulpianus *l.* 17. §. 1. *h. t.* idem cenſet de heredibus: ſine dubio quod hi in omne jus defuncti ſuccedunt. etiam aſſimilat his cæteros ejus ſucceſſores; quales ſunt bonorum poſſeſſores, & fideicommiſſarii: qui ut non ſint heredes jure civili; at pro heredibus jure Prætorio habentur. Datur igitur, ut dixi, domino, cauſa cognita, facultas aut mutandi procuratoris, aut litis in ſe transferendæ. Quid ſi non ille procuratorem, ſed procurator ipſe ſe, mutari poſtulet? non videtur hoc permiſiſſe Prætor, ejus verba conſiderantibus. nihilominus ſit paritate rationis, ut vel procuratori idem indulgeatur ex mente Prætoris *l.* 24. *h. t.* Solet igitur in primis a Prætore audiri dominus; poſt litem conteſtatam poſtulans, aut procuratorem mutari, aut litem in ſe transferri. Quid, ſi poſtea noluerit, eum procuratorem eſſe, non ſubſtituto alio, neque tranſlata in ſe lite? jam manet procurator is qui fuit, & rata erunt cum eo acta *l.* 65. *h. t.* puto, quod lis, quamdiu non eſt tranſlata a procuratore, apud eum hæret. transferri autem nequit; niſi dominus ei ſubſtituat alium æque idoneum, aut ipſe ſubeat vicem ſui procuratoris: alioquin futura captione adverſarii, cujus intereſt, habere aliquem cum quo experiatur. eumdem autem habeat, an alium, æque idoneum, nihil refert.

Unum reſtat, quemadmodum hæc judicii tranſlatio & mutatio fieri debeat. mihi vero videtur, ſi actor alium procuratorem ſubſtituat ei quem prius dederat; ſatis eſſe, ſi dicat, ſe hunc dare in locum prioris. ſin malit, in ſe transferre judicium; tantum deſiderari, ut hoc declaret. eo facto committi ſtipulationem judicatum ſolvi, & ſine ceſſione obtinere actionem utilem, directa penitus tollenda, Ulpianus obſervat *l.* 27. §. 1. *D. h. t.* Quid, ſi reus qui judicium proprio nomine ſuſcepit, velit dare procuratorem in quem actor transferat judicium? placet, etiam hunc audiri: ſi pro eo ſolemniter caveat judicatum ſolvi ſatiſdatione *l.* 46. *D. h. t.* & recte: non enim refert, utrum negotium ab initio ad procuratorem tranſeat, an cœpta lite *l.* 20. *C. h. t.* præterea certum eſt, neminem in aliena re ſine ſatiſdatione eſſe idoneum defenſorem: ut ſupra monui.

Utcumque erit; apparet, procuratoris mutationem a Prætore, poſt litem conteſtatam, demum indulgeri, cauſa cognita. quid autem verſetur in cauſæ cognitione, latiſſime traditum *l.* 17. §. 2. & *ſeqq. h. t.*

Tandem dicamus, quinam procuratores dari, aut eos dare, poſſint. fuiſſe de his quoque

que Edicto comprehenſum, Ulpianus refert *l.* 43. §. 1. *h. t.* ait vero, id Edictum fuiſſe prohibitorium. ita putemus, omnes dari poſſe procuratores; niſi ſi qui nominatim excipiantur. in his eſt miles *l.* 13. *C. h. t.* ſed quatenus prohibeatur, exponitur *l.* 8. §. 2. *D. l.* 9. & *l.* 7. *C. d. t.* Infames quoque non potuiſſe procuratores eſſe, teſtis Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 9. §. 1. nec magis potuerunt hi procuratores dare. ſed utrumque mutatum eſſe novo jure, auctor Juſtinianus §. *ult. Inſt. de except.* Quod ad mulieres attinet: de his Impp. Severus & Antoninus *l.* 4. *C. h. t.* ſic reſcribunt: Aliena negotia per mulieres non aliter agi poſſunt, niſi in rem ſuam & proprium lucrum mandatæ ſint eis actiones. Pro parentibus tamen, inquit Paulus, eis agere permitti; etſi non paſſim, ſed cauſa cognita: ſi forte parentes morbus, aut ætas impediat, nec quemquam qui agat, habeant *l.* 41. *h. t.* Vix opus, moneri, quod Ulpianus *l.* 8. §. 1. *h. t.* Invitus, inquit, procurator non ſolet dari. invitum autem accipere debemus, non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui conſenſiſſe non probatur. Porro fuit quæſitum de ſurdo & muto, an poſſit procurator dari; itemque, an procuratorem dare poſſit? ſed de eo Paulus *l.* 43. *h. t.* Ne hoc quidem præteribo, quod viſum Principibus, eſſe contra ſeculi beatitudinem, ſub prætextu debiti a fiſco procurationem præſtari contra privatos *tot. tit. C. Ne fiſc. vel reſpubl.* Idemque in aliis potentioribus placuit *tit. C. Ne lic. potent:* Hæc quidem de procuratoribus. de defenſoribus vero ſic ſcribit Paulus *l.* 54. *h. t.* Neque fœmina, neque miles, neque qui reipublicæ cauſa abſuturus eſt, aut morbo perpetuo tenetur, aut Magiſtratum initurus eſt, aut invitus judicium pati non poteſt, idoneus defenſor intelligitur.

TITULUS IV.

Quod cujuſque univerſitatis nomine, vel contra eam agetur.

Superiore Titulo vidimus de procuratore domini actionem in judicium deducente, aut eum in judicio defendente. hoc Titulo videbimus de Actore & Syndico ab Univerſitate conſtituto, ut ejus nomine agat, vel eam defendat. de quo neceſſe erat ſpecialiter edici: eo quod Univerſitas, cum incorporalis ſit, proprie non eſt domina. & tamen quatenus animo fingitur, hoc jure utimur adverſus ſubtilitatem; ut & domina eſſe, & res ſuas habere intelligatur *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. *D. de adq. poſſ.* Edictum ſic concipio. *Quod cujuſque univerſitatis nomine, vel contra eam agatur, de eo vel ſyndico vel actori & adverſus eum judicium dabo. Si nemo univerſitatem defendet, quod ejus commune erit, poſſideri, & ſi admoniti non excitentur ad ſui defenſionem, venire jubebo. Extraneum ſi univerſitatem defendere volet, admittam: ſicut in privatorum defenſionibus obſervatur.*

Prima Edicti verba, *Quod cujuſque univerſitatis nomine vel contra eam agatur*, indicat Rubricæ, petita, ut ſolet, a primis Edicti verbis. Eſt autem univerſitas, ubi plures homines ſub certis legibus publica auctoritate coëunt in unum corpus. Dico, Plures homines. nam ab uno non incipit univerſitas. quin Neratius tres facere collegium ait *l.* 85. *D. de verb. ſign.* quid, ſi a pluribus incœperit univerſitas, ſed ad unum devenerit? forſan non videatur univerſitas, ſicut nec grex cujus numerus uſque eo pervenit, ut grex non intelligatur *l. ult. D. Quib. mod. uſuſfr. amitt.* ait tamen Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* ſi univerſitas ad unum redit; magis admitti, poſſe eum convenire & conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, & ſtet nomen univerſitatis. Colligitur igitur univerſitas ex pluribus: ſed nihilominus a ſingulis qui in ea ſint, diſtinguitur. adeo cum univerſitatem dicimus, non intelligimus ſingulos: ſed aliquod civile corpus, conſtans ex diſtantibus capitibus *l.* 30. *D. de uſurp. & uſucap.* prorſus, ut alia ſit univerſitas, alii ſinguli ex univerſitate. hos videmus oculis: illam animo concipimus, oculis non videmus. Hac ratione Ulpianus *d. l.* 7. §. 1, Si quid, inquit, univerſitati debetur, ſingulis non debetur; nec quod debet univerſitas, ſinguli debent. Ab eadem ratione ait quoque in §. 2. *d. l.* 7. in Decurionibus & aliis univerſitatibus nihil referre, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati ſint: certo, (quod pluribus exemplis oſtendit Alphenus *l.* 76. *D. de judiciis*) cujus rei ſpecies eadem conſiſteret, quamvis mutatis particulis, rem eamdem eſſe exiſtimari. Similiter ſcribit Ulpianus in *l.* 2. *h. t.* ſi municipes, vel aliqua, id eſt, alia quæ, univerſitas ad agendum det actorem; non ſic haberi, quaſi a pluribus datum. & cauſatur, hunc pro republica, id eſt, pro corpore, intervenire, non pro ſingulis. Eſt & hoc notandum: quod tale corpus, ſive univerſitas, ita conſiſtit demum, ſi publica coëat auctoritate: nam clare Ulpianus *l.* 1. *h. t.* neque ſocietas, inquit, neque collegium, neque hujuſmodi corpus, paſſim omnibus habere conceditur. imo ait, Legibus, & Senatuſconſultis, & Principalibus Conſtitutionibus eam rem coërceri. optima ſine dubio ratione; ne ſub prætextu collegii aut univerſitatis conſpirationes fiant adverſus rempublicam, aut flagitia adverſus bonos mores: exemplo Bacchanalium, apud Livium *lib.* 39, perquam digno conſiderari: dum veniatur lib. 47. ad Tit. *De collegiis & corporibus.* De cætero

(quod hujus loci eſt) ait Ulpianus *d. l.* 1. eſſe conceſſa paucis admodum in cauſis hujuſmodi corpora: nam vectigalium publicorum ſociis permitti, tale corpus habere; vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, & ſalinarum. præterea certa Romæ eſſe collegia quorum corpus Senatuſconſultis atque Conſtitutionibus Principalibus confirmatum eſt: veluti piſtorum, & quorumdam aliorum, & naviculariorum qui in provinciis ſunt. Inde in Corpore Jani Gruteri, V. Cl. *pag.* 391. *Inſcript.* 1. poſt alia, *Ex. decreto. ordinis. corporis. piſcatorum. &. urinatorum. totius. alvei. Tiberis. quibus. ex. SC. coire. licet.* Et *pag.* 432. *Inſcript.* 1. *Collegium. fabrum. quibus. ex. S. C. coire. licet.* Cæterum ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* quibus permiſſum eſt, corpus habere collegii, ſocietatis, ſive cujuſque alterius eorum nomine, proprium eſt, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem, & Actorem, ſive Syndicum per quem, tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. Mentio talis arcæ apud Gruterum, *pag.* 175, *Inſcript.* 4. & *pag.* 419. *Inſcript.* 7. Contra Collegia ſi quæ fuerint illicita, Mandatis & Conſtitutionibus & Senatuſconſultis diſſolvuntur. ſed eis tum permittitur, pecunias, ſi quas habent, dividere, pecuniamque inter ſe partiri *l.* 3. *D. de colleg. & corporib.*

Deinde ait Prætor: *De eo vel ſyndico vel actori, & adverſus eum, judicium dabo.* Ex his verbis intelligitur, cui & adverſus quem judicium detur univerſitatis nomine. talis eſt Syndicus vel Actor. ac notandum, quod Ulpianus *l.* 3. *h. t.* ait, nulli permitti, nomine civitatis vel curiæ experiri: niſi ei Lex permittit, vel Lege ceſſante Ordo dedit. cum enim Ulpianus ait, *Lex*; ſine dubio municipalem intelligit Legem: ſi quando ea caveatur, ut Syndicus ex officio ſuo poſſit communi nomine agere. eſtque ſimilis plane locutio *l.* 1. *D. de offic. Præf. Auguſt.* ubi dicitur imperium Præfecto Auguſtali ad ſimilitudinem Proconſulis Lege ſub Auguſto datum: id eſt, Lege qua is ſub Auguſto primum fuit inſtitutus. Nec diſſimili locutione in *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis* dicitur, Lege permiſſum eſſe Proconſuli, Judicem dare: pro ea Lege, qua inductus ab initio fuit Proconſulatus. Eſt igitur Ulpiani in *d. l.* 3. hic ſenſus: quod ſi quis ordine Legis municipalis electus ſit univerſitatis Syndicus, is ultro poteſt agere univerſitatis nomine; nec eget novo decreto. ceſſante vero ea Lege, id eſt, ſi non ſit Syndicus ex tali Lege: tum experietur nomine civitatis vel curiæ is quem dedit Ordo, id eſt, Ordo Decurionum: vel quem dederunt Duumviri; ſi Decuriones decreverunt, actionem per eum movendam quem elegerint Duumviri *l.* 6. §. 1. *h. t.* Ait autem Ulpianus *l.* 3 *h. t.* Ordinem intelligi dare; cum duæ partes adeſſent, vel amplius, quam duæ. Et ſubjicit *l.* 4. Paulus: Plane ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent, numerari poteſt. Puto vero, id ſimpliciter accipiendum: prorſus, ut ſufficiat, in Actore eligendo adeſſe duas partes: quarum major earum pars Actorem decernat; non etiam, ut oporteat duas partes omnium ſuffragiis in eum conſentire. Similiter, cum ait *d. l.* 4. Paulus, ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent, numerari poteſt: non ſic hoc accipiendum, quaſi ipſius ſuffragium quoque numeretur, quo major numerus eum decreviſſe videatur: ſed potius ita, quaſi ejus præſentia fiat, ut major pars quæ adeſſe debet, adfuiſſe intelligatur. cæterum, ut ipſe non debeat ſibi ſuffragium dare: ait tamen Ulpianus *l.* 5. quod patris ſuffragium proderit filio, & filii patri; nec minus (quod ex Paulo ſubjicitur *l.* 6.) eorum qui in ejuſdem poteſtate ſunt. nimirum, quia quaſi Decurio hoc dedit; non quaſi domeſtica perſona. idemque in honorum petitione hoc ſervandum: niſi Lex municipii, vel perpetua conſuetudo prohibeat. Igitur ſic habeamus: quod vel ex Lege municipii extat Syndicus; & generaliter ad eum pertinet omnium cauſarum defenſio: vel non eſt talis Lex municipii; & tum decreto univerſitatis Actor conſtituitur ad defendendam agendamve cauſam certam, ac præſentem *l. ult.* §. 23. *D. de muneribus:* nam ad futuram cauſam quæ adhuc in controverſia non ſit, talis Actor non conſtituitur *d. l.* 6. §. 1: quamvis privatus procurator ad futuras lites conſtituatur recte *l.* 3. *D. de procuratorib.* idque ideo, quod videtur abhorrere a ratione decretorum publicorum, ut fiant de rebus quæ nondum ſunt: ne incertum ſit judicium eorum qui Actorem conſtituunt. in primis tamen hoc procedit; cum de movenda actione quæritur. de quo caſu exaudienda eſt *l.* 3. *h. t.* nam id ibi vult verbum, *experiri*, ut in *l.* 1. *D. de diverſ. temporalib. præſcript.* *l.* 1. §. 7. *D. de dol. mal.* *l.* 51. *D. de admin. tut.* utique quod ad defenſionem civitatis attinet; ad hanc etiam extraneus admittitur: ſicut in privatorum defenſione obſervatur: quia eo modo melior fit conditio univerſitatis. atque ita Gajus *l.* 1. §. *ult. h. t.* Sed Paulus *d. l.* 6. §. 1. *h. t.* ait, hodie ſolere hæc omnia, ſecundum locorum conſuetudinem, explicari. Ita apparet, Syndicum aut Actorem univerſitatis non eſſe quidem procuratorem, ſed inſtar procuratoris eſſe: & quamquam inter eos ſit differentia; tamen multa eſſe inter eos communia: de quibus in *d. l.* 6. §. 2. & 3. *h. t.*

TITULUS V.

De negotiis geſtis.

POSTQUAM dictum de procuratoribus & defenſoribus, quorum illi mandatu domini, hi ſine eo, interveniunt: non abs re fuit, hoc Titulo cogitari de actionibus, quæ utraque in ſpecie locum habeant. quemadmodum autem inter dominum & procuratorem obtinet mandati actio ex vero contractu, quo de libro XVII. dicetur: ita ea ceſſat, ubi quis pro domino ſponte intervenit ſine mandato. nec tamen æquum fuerit, vel eo caſu deficere juris remedia: tam certa utilitate ſervandi tuendique abſentium vel ignorantium negotia, ne pereant. placuit igitur Prætori hoc Edicto, cum non eſſet actio ex vero contractu, ac ne delictum quidem appareret, inter eos fingere obligationem quaſi ex contractu, ex eaque proponere actionem, quæ vocatur Negotiorum geſtorum *l. 5. D. de obligat. & act.* verba Edicti nobis ſervavit Ulpianus *l. 3. D. h. t.* ſunt autem hæc. *Si quis negotia alterius, ſive quis negotia, quæ cujuſque, cum is moritur, fuerint, geſſerit, judicium eo nomine dabo.* Hoc Edictum neceſſarium eſſe, ait Ulpianus *l. 1. D. h. t.* quoniam magna utilitas abſentium verſatur, ne indefenſi rerum poſſeſſionem aut venditionem patiantur, vel pignoris diſtractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem ſuam amittant. Sic Ulpianus: ſed aliquanto plenius Gajus *d. l. 5.* & Juſtinianus §. 1. *Inſt. de oblig. quaſ. ex contr.*

Promittit igitur Prætor hoc Edicto judicium negotiorum geſtorum: *Si quis alterius negotia geſſerit.* Hæc autem verba, *Si quis*, ſic ſunt accipienda, *Sive quæ:* nam & mulieres negotiorum geſtorum agere & conveniri, non dubitatur *l. 3. §. 1. D. h. t. Negotia* vero ſic accipe: ſive unum, ſive plura. ita pluralis numerus etiam ſingularem complectitur: quia ſive unum negotium geratur, ſive plura: utrimque par eſt æquitas permittendæ actionis.

Ait porro Prætor, *Alterius.* Et hoc ad utrumque ſexum refertur *l. 3. §. 3. D. h. t.* nam ut maſculis, ſic fœminis, prodeſt negotiorum geſtio: & his quidem eo magis, quo magis ſexus imbecillitas in adminiſtrandis negotiis ſuis aliorum ope aut cura indiget. poſſunt igitur fœminæ alios convenire, & ab aliis conveniri, negotiorum geſtorum *d. l. 3. §. 1.* nec intereſt, cujus negotium geſtum ſit: modo ſit alterius. An tamen ſcientis, & præſentis, aut mandantis? Sed non puto: etſi enim generale ſit verbum, *Alterius:* tamen in hoc Edicto non complectitur alium, quam abſentem & ignorantem. nam ſi mandatum intervenit: ſupervacua eſt actio negotiorum geſtorum; cum mandati ſufficiat *d. l. 5. D. de oblig. & act.* porro qui præſens patitur negotium ſuum geri, is pro mandante habetur *l. 53. l. 22. §. 10. l. 6. §. 2. D. Mandati.* Contra ubi pro abſente intervenitur; aut præſente, ſed ignorante: non ſit actioni mandati locus; ſed negotiorum geſtorum *d. l. 22. §. 10. & l. 20. §. 1. D. eod. tit.* Alterius igitur appellatione in Edicto accipe vel abſentem vel ignorantem: & utriuſque meminit Paulus *l. 41. D. h. t.* Inde placuit *l. 2. C. h. t.* etiam, ſi quis pupilli negotia geſſit, Edicto locum eſſe. idemque de furioſo traditum *l. 3. §. 5. D. h. t.* merito: nam Edictum ignorantem obligat. eſt etiam certo jure definitum, quoties ex re, id eſt, non ex perſona, neque facto pupilli aut furioſi, ſed ex æquitate ipſius rei ſeu negotii, hoc eſt, quaſi ex contractu, actio naſcitur; toties & furioſum & pupillum obligari *l. 46. D. de oblig. & act.* etſi non in infinitum; ſed quatenus locupletior ea re factus eſt pupillus *d. l. 2.* ſic enim receptum ex Conſtitutione D Pii: ad eumque modum putat Jacobus Cujacius, V. CL. *lib. 13. Obſerv. c. 7*, eſſe explicandum Ulpianum *d. l. 3. §. 4.* dum legatur, *Pupilli ſane ſi negotia geſſit:* ſuadente connexione præcedentis ſequentiſque §. ſenſum vero eſſe: Sane ſi quis pupilli negotia geſſit: poteſt pupillus, poſt Reſcriptum D. Pii, in id quod locupletior factus eſt, actione contraria negotiorum geſtorum conveniri. ſi autem pupillus agat directa actione negotiorum geſtorum; etiam poteſt geſtor id quod geſſit, quoque locupletiorem fecit pupillum; eo judicio jure compenſationis habere ſalvum. Sic Cujacius. & addit: quod pupillus ante Reſcriptum D. Pii patiebatur compenſationem; poſt Reſcriptum patitur etiam actionem. cæterum ait Paulus, litis conteſtatæ tempore quæri ſolere, an pupillus cujus negotia ſine tutoris auctoritate geſta ſunt; locupletior ex ea re cujus actionem patitur; factus ſit *l. 37. D. h. t.* Nec illud omittendum eſt: quod Marcianus obſervat *l. 47. §. 1: D. de ſolutionibus*, etiamſi res perierit ante litem conteſtatam, interdum quaſi locupletiorem factum intelligi: & eſſe talem caſum, ſi empta ei ſit res neceſſaria, quam neceſſario de ſuo erat empturus. nam hoc ipſo quo non eſt pauperior factus, locupletiorem eſſe.

Vult igitur Prætor, (redeo enim ad Edictum) ut ſit locus actioni negotiorum geſtorum, geſtum eſſe alterius negotium. Hoc vero tum ſit; cum geſtum ad ejus damnum aut commodum ſpectat: ſive ipſo geſtu ab initio, ſive ex poſtfacto. Ab initio id evenit; ſi ægrum curavi ſervum alienum, domino conſtitutum, non inutilem; ſtatim eo ipſo illi profu-

futurus *l.* 10. *C. h. t.* Simile exemplum eſt, ſi quis creditori meo, quod ei debeo, ſolvat; & me ab illo liberet *l.* 12. *C. eod. tit.* Ex poſtfacto hoc contingit in *l. 9. C. h. t.* quæ ut plenior ſit, conjungenda cum *l.* 3. *C. de contrahenda ſtipulatione*: cujus pars eſt, uti ex utriuſque tenore intelligitur, licet variet utriuſque Inſcriptio. ſpecies talis eſt: Quidam, ſive Hadrianus, ſive Salluſtius, cum pecuniam ſuam alii crederet, uſus eſt Juliani nomine; in ejuſque abſentis perſonam concepit ſtipulationem de reddenda pecunia credita. certum eſt, non valere ſtipulationem in honorem Juliani factam: quia alteri ſtipulari nemo poteſt. una igitur ſupereſt rei contractæ obligatio, id eſt, condictio certi ex mutuo, atque ea creditori competit. Julianus tamen debitorem, etſi non haberet obligatum ſibi, interpellavit extra judicium, & ſolutionem accepit. quæritur, an creditori adverſus eum competat actio negotiorum geſtorum? quæſtio huc redit; utrum geſtum a Juliano ſit creditoris negotium. quod non puto, utique ab initio, id eſt, quamdiu non habet ratam ſolutionem Juliano factam: quia tam diu ad ejus damnum, fructumve non pertinet; eo quod debitor ſine mandato alii ſolvens, quam creditori, ab eo non liberatur. ſic ab initio. at ſi ratam habuit ſolutionem creditor; ut ab initio non fuerit ejus negotium, tamen deinde eſſe incipit: quia ubi ratam habuit ſolutionem, ab eo liberatus eſt debitor, perinde ac ſi ex ejus mandato ſolutio eſſet facta *l.* 12. §. 4. *D. de ſolutionib.* recte igitur exinde danda ei eſt actio negotiorum geſtorum; ut ei reſtituatur ſolutum ejus nomine. Simile exemplum eſt in *l.* 6. §. 9. *D. h. t.* Ecce: ego Titium qui non erat tuus debitor, admonui quaſi debitorem. ille quod tibi non debebat, mihi ſolvit per errorem. tu cum id intellexiſti, ratam habuiſti ſolutionem. quæritur; an poſſis me convenire actione negotiorum geſtorum? eſt enim negotium tua contemplatione geſtum. interim non eſt tuum; cum nihil fuerit tibi debitum. atque ita eſt ab initio. cæterum, poſtquam ratam habuiſti ſolutionem mihi factam, incipit tuum eſſe negotium quod ante non erat tuum. qua ratione? quia ut nihil tibi fuerit debitum, eoque intuitu ad te non pertineat ſolutio, quamvis tuo nomine facta: tua tamen ratihabitio tuum efficit negotium: eo quod ei a quo exactum tuo nomine eſt indebitum, deinde adverſus te competit repetitio indebiti ſoluti. recte igitur tibi quoque jam adverſus me dabitur actio negotiorum geſtorum; ut tibi reſtituam quod licet non erat debitum tibi, tamen tuo nomine accepi, & tuo periculo eſt. Eodem modo ſi debitorem Titii, cui te heredem eſſe exiſtimabam, cum alius eſſet heres, convenero extra judicium, & exegero; non eſt tuum negotium: quia ad te non pertinet. & tamen ſi ratum habueris a me geſtum: incipiet tuum eſſe negotium. inde igitur mihi adverſus te, & viciſſim tibi adverſus me, competit actio negotiorum geſtorum. atqui negotium non eſt tuum. ſed ratihabitio hoc efficit tuum: quia poſt eam incipis ex hereditate aliquid poſſidere pro herede vel pro poſſeſſore; eoque nomine potes a vero herede conveniri petitione hereditatis *d. l.* 6. §. 10. *D. h. t.* Sed hæc prudenter conſideranda ſunt: optime enim procedunt in ſuperioribus ſpeciebus in quibus ratibabitio facit negotium tuum quod eſt tua contemplatione geſtum, licet non ſit tuum: tantum quod nec alterius ſit. neque enim mirum eſt, effici tuum quod erat nullius. Non idem eſt in ſpecie *d. l.* 6. §. 11: in quo negotium a me geſtum, erat alterius. finge: cum te heredem putarem, fulſi inſulam hereditariam. alius eſt heres. tu tamen ratum habuiſti a me geſtum. an eſt mihi adverſus te actio negotiorum geſtorum? negat Ulpianus: præfatus, quod hoc facto meo jam alter ſit locupletatus; ideoque alterius re ipſa geſtum ſit negotium; nec poſſit alii adquiſitum ipſo geſtu, tuum negotium videri propter tuam ratihabitionem. ſenſus eſt: quod in propoſita ſpecie a me geſtum eſt tuo nomine, re vera heredis fuit: ei ſcilicet acquiſitum ipſo geſtu, quo cœpit inſulam habere meliorem. at nemo dixerit, quod alterius factum eſt ipſo geſtu, propter tuam ratihabitionem deſinere illius eſſe, & tuum fieri. ratihabitio enim conciliat negotium tuum quod non eſt tuum, modo nec alterius ſit. at quod jam alterius eſt re vera, id ut tua ratihabitione tuum fiat ſine ejus facto, hoc ratio non ſinit. Occurrit bic & alia deliberatio; unde alterius negotium æſtimetur, utrum ex re, an ex gerentis opinione? Mihi proclive eſt, ex utraque æſtimare. Proinde ſi quis ita ſimpliciter, id eſt, ita ſtulte, verſatus eſt, ut in ſuis bonis ſuum egerit negotium quaſi meum: ait Ulpianus *l.* 6. §. 4. *D. h. t.* nullam ex utroque latere venire actionem: & præfatur, quod nec fides bona hoc patitur. recte: cum enim ex re conſtet hæc obligatio; quid aliena facit contemplatio. deficiente negotii quod alterius ſit, geſtione. Oportet igitur reapſe geſtum eſſe alterius negotium. Amplius, ejus contemplatione *d. l.* 6. §. 3, & gerendi negotii affectione *l.* 19. §. 2. *h. t.* quaſi amici *l.* 36. *eod. tit.* vel, ut Paulus ait, ex officio amicitiæ *l.* 23. *D. de rebus auct. jud. poſſid.* Quid igitur? putavi, mihi a te mandatum, cum non eſſet mandatum; & tua geſſi negotia. quæ naſcetur actio? certum eſt, ceſſare actionem mandati, deficiente mandato. igitur detur actio negotiorum geſtorum. at non veni ultro, ſed quia putavi mandatum eſſe. Placet tamen Ulpiano *l.* 5. *h. t.* competere actionem negotiorum geſtorum. ut enim putavi, mihi mandatum eſſe, tamen volui mihi obligare te cujus negotia geſſi; nec ſit æquum, me quem veritas de-

cn-

ſendit, propter te in damno verſari idcirco, quod erravi in cauſa obligationis: in hac maxime actione quæ eſt ex re, id eſt, ex negotio geſto: in qua proinde quid, & cui, geſtum ſit negotium, Prætor quærit. Similis eſt tractatus *l. 5. §. 1. D. h. t.* ſpecies hæc eſt. Aliena geſſi negotia. putavi, eſſe Titii; cum eſſent Sempronii. tenetur mihi Sempronius actione negotiorum geſtorum. nempe vel hic veritati cedit fides mea; & deceptum, ne in damno verſer, tuetur probabilis facti error, ut mihi detur actio. *l.* 45. §. 2. *l.* 31. §. 1. *l.* 6. §. 8. *D. h. t.* Cæterum, ſi quis negotia mea geſſit, non mei contemplatione, ſed ſui lucri cauſa: magis ſuum geſſit, quam meum, negotium. placuit igitur Labeoni, non eſſe hic dandam directam negotiorum geſtorum actionem: cum nil mei comtemplatione geſtum ſit. Sed obtinuit, nihilominus, imo magis, & eum teneri actione negotiorum geſtorum: quia utique apparet, eum re vera meum geſſiſſe negotium; etſi ei non fuerit is animus. utique abſurdum foret, ſi ipſi ſuus prodeſſet dolus, & ex improbitate naſceretur fructus. fiet igitur actioni directæ vel in hac ſpecie locus. An & contrariæ, ſi quid forte in negotia mea impendit? Sed totus ad ſe ſpectavit; non ad me. mihi vero ut imputet quod ſibi præſtitit, non id jus, minus æquitas, patitur. Hoc aperte Seneca, *lib. 6. De benefic. c.* 13. etiam Phædrus *lib. 1. fab.* 23. nec minus Juriſconſultus *l. 6. §. 3. h. t.* ſequentibus verbis: *Ipſe ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abeſt, quia improbe ad negotia mea acceſſit, actionem habet.* Aperte? ita eſt. verba enim hæc, *in id quod ei abeſt*, ſunt ex formula contrariæ actionis; uti poſt oſtendam ex *l. 2. & l. 28. h. t.* igitur negata ei in propoſito actione in id quod ei abeſt propter improbitatem ſuam: negatur ei propter ſuam improbitatem contraria actio. Quid tandem? ait *d.* §. 3. *l.* 6. Juriſconſultus, *in quod ego locupletior factus ſum, habet contra me actionem.* Vix dubito, quin hic ſit ſcripturæ error, & auctor voluerit ponere *exceptionem*, aut *retentionem*, aut aliud ſimile verbum. vox autem iſta, *actionem*, cum ſuiſſet paulo ante inſerenda, deinde, ut fit inter ſcribendum, aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis cenſeo: quia formula iſta, *Iu quod ego locupletior factus ſum*, ſolet inter cætera accommodari exceptioni aut retentioni: ut in *l.* 38. *& l.* 48. *D. de hered. petit. & l. 1. §. 1. D. de doli mali & metus except.* Accedit ad hæc, quod Veteres hac in ſpecie actionis nuſquam meminerunt. imo actioni, qualiſcumque ſit, locum negant. tantum concedunt retentionem vel officio Judicis, vel per exceptionem doli mali. hoc autem cúm non minus obſervent in perſona poſſeſſoris bonæ fidei, quam poſſeſſoris malæ fidei: quæſo, ecquid cauſæ ſit, cur in præſentia prædoni permittant actionem, quam numquam permittunt illi quem alioquin juſta fides tuetur? Mihi non videtur. lego igitur, *Ipſe tamen ſi circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abeſt, quia improbe ad negotia mea acceſſit*, actionem, *ſed in quod ego locupletior factus ſum, habet contra me* exceptionem. ita conjeci *lib. 3. Probabilium c.* IX. ubi plura.

Oportet igitur, ut obtineat actio negotiorum geſtorum, alterius negotium eſſe geſtum: non qualiter qualiter; ſed, ut dixi, re & affectione. At enim Ulpianus *l. 3. §. 10. D. h. t.* ſic ſcribit: *Hac actione tenetur non ſolum is qui ſponte & nulla neceſſitate cogente immiſcuit ſe negotiis alienis, & ea geſſit: verum & is, qui aliqua neceſſitate urgente, vel neceſſitatis ſuſpicione geſſit.* Quid dicemus? uſum derogaſſe Edicto; & utilem conceſſiſſe actionem, cum ceſſaret directa. Neque id novum. quin ſæpe evenit; ut jura paulatim augeantur, & ad novas porrigantur ſpecies; ad quas eadem pertinet utilitas: licet alia in his ratio ſit, quam quæ ea jura initio provocavit. adeo attinet, quod Varro ſcribit *lib. 4. De lingua Latina, p.* 64, *Quæcumque uſus cauſa ad vitam ſunt aſſumpta, in Leis utilitatem quærere, non ſimilitudinem.* Item: *Propter utilitatem in heis diſſimilitudinem potius, quam ſimilitudinem quæramus.* Sane cauſa proponendæ in hoc Edicto actionis fuit; quod amici viderentur ea invitandi ad abſentium negotia, ne interirent, ſponte ſuſcipienda: non item illi qui aliqua neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione urgerentur. per hoſce tamen ſi utiliter geſta ſint mea negotia; nec alia oſtenditur actio; placuit, in horum quoque perſonis locum habere actionem negotiorum geſtorum, etſi non directam, tamen utilem; perinde ac ſi ſua ſponte ad negotiorum meorum geſtionem perrexiſſent. ita hodie ſolum deſideramus in hac actione, utique utili; ut is qui geſſit, habeat affectum negotii mei gerendi; & ſit talis quem mihi obligare poſſim. Ne exemplum deſit; adferam ſequens ex *l. 6. §. 5. D. h. t.* Aliquis putans, ſe eſſe meum ſervum, cum eſſet libertus vel ingenuus, mea geſſit negotia. dubitatur, an ei danda ſit actio negotiorum geſtorum: quia acceſſit ad mea negotia, non tamquam amicus ultro & ſponte ex officio amicitiæ, ut poſtulat cauſa & origo inventæ hujus obligationis: ſed ad ea venit tamquam ſervus ad domini negotia, motus ſervili neceſſitate; ad quam ratio & natura hujus obligationis non pertinet. putat tamen Julianus *d. l. 6. §. 5*, utrimque dandam eſſe negotiorum geſtorum actionem: ſcilicet, quia in re quæ magis ex geſto conſtat, quam ex conventione, plus valet quod in rei veritate eſt, quam quod in opinione eſt. Paulus *l. 19. §. 2. & l. 36. h. t.* dicit, quod is habet affectionem gerendi negotii mei, & fuit quem obligare puſſum. Aliud exemplum in *l. 3. §. 5. h. t.* eſt in curatore furioſi, ipſum clarum & certum; ideoque non opus, explicari. tantum monebo;

quod vocula *autem* in *d.* §. ſumitur pro *etiam*; ut alibi ſæpius. præterea addam; quod actio negotiorum geſtorum cujus fit ibi mentio, non eſt alia, quam utilis: monſtrante *l.* 17. *C. h. t.* Recepta igitur actio negotiorum geſtorum, ſive quis ad abſentis vel ignorantis negotia ultro venit ex officio amicitiæ, ſive ad ea venit ex neceſſitate vel neceſſitatis ſuſpicione: utique, ſi non inveniat aliam actionem. nam ſi quam habeat, non dicam tutelæ, ſed familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo; ceſſat actio negotiorum geſtorum: ut ſub illis Titulis dicetur. Obſtant tamen hic complures leges, inter quas *l.* 3. *C. h. t.* Sed hanc & cæteras egregie jam paeavit Dominus Vinnius *lib.* 1. *Select. quæſt. c.* 37.

Sequitur in Edicto:. *Sive quis negotia quæ cujuſque, cum is moritur, fuerint, geſſerit.* Ad hanc partem ſic ſcribit Ulpianus *l.* 3. §. 6. *h. t.* *Hæc verba*, Sive quis negotia, quæ cujuſque cum is moritur, fuerint, geſſerit, *ſignificant illud tempus, quo quis poſt mortem alicujus negotia geſſit: de quo fuit neceſſarium edicere: quoniam neque teſtatoris jam defuncti, neque heredis qui nondum adiit, negotium geſſiſſe videtur. Sed ſi quid acceſſit poſt mortem, utputa partus & fætus, & fructus, vel ſi quid ſervi adquiſierint: etſi [ex] bis verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi.* Tractatus hic eſt pulcher, ſed obſcurus, eoque paucis illuſtrandus. Senſus prioris partis eſt: quod Prætor, quamquam loquitur de negotiis quæ fuerint domini, cum moriebatur: tamen actionem demum proponit de his quæ erunt in iis negotiis geſta poſt ejus mortem: & fuiſſe neceſſarium de iis edicere: quia quod geſtum eſt, (ſi naturalem ſequimur veritatem, omiſſis juris fictionibus) non eſt negotium defuncti, quippe qui nullus eſt poſt mortem: neque heredis, quia hereditatem nondum adiit. Hic ſenſus Ulpiani priore loci parte. Quis poſteriore? hac vult Ulpianus, Edicti verbis quidem finiri, quid juris ſit, ſi quis curaverit res quæ defuncti fuerint tempore mortis: ſed non æque, ſi quis curaverit quod illis poſt ejus mortem acceſſit: quo in numero eſſe partus, fœtus, fructus, operas. ut enim in his geſtum ſit negotium: non tamen liquere, cujus negotium geſtum ſit. nam Prætorem fuiſſe locutum de his quæ cujuſque, cum is moritur, fuerint. illa autem de quibus diſputatur, numquam defuncti fuiſſe; nec magis heredis eſſe ante aditam hereditatem. non igitur contineri Edicti verbis. Sic quidem Ulpianus, quoad Edicti verba. at non putat, eſſe ad illa ſtandum: ſed eſſe dandum Edicti ſententiæ, ut pro adjecto habeantur. cum enim partus, fœtus, fructus, operæ, ſint quaſi acceſſiones ancillarum, pecorum, fundorum, ſervorumque: non eſſe abſurdum, ea ſequi eorum naturam. prorſus, ut qui curaverit has acceſſiones, perinde accipiatur, ac ſi defuncti ſervos, ancillas, pecora, aut fundos, curaſſet: id eſt, geſſiſſet negotia, quæ defuncti, cum is moriebatur, fuerint.

Porro ait Prætor, *Geſſerit.* Id vero eſt, curaverit, adminiſtraverit, ſervaverit. nam hæc verba idem ſonant apud Veteres *l.* 6. §. *ult. l.* 21. §. 2. neque hoc dubium. Tantum quæſitum fuit, cum ait Prætor, *Geſſerit*; utrum ad rei effectum ſpectet, an contentus ſit utili gerentis conſilio, etſi effectus non ſit ſecutus? ſed, ut mihi videtur, vix idonea ratione. quis enim, niſi ſtultus aut iniquus, ab amico ſponte atque ex officio ſine ſpe commodi accedente ad ſervandum abſentis aut ignorantis negotium, alioquin periturum, poſtulet; ut non minus præſtet eventum utilem, quam utile conſilium: præſertim incerto plerumque eventu, etſi optimis conſiliis? ſed nimis notum eſt illud Ovidii, *Epiſt.* 2. *Heroid, verſ.* 85.

— — — Careat ſucceſſibus opto,
Quiſquis ab eventu facta notanda putat.

Et æquiſſime Ulpianus *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Is, inquit, qui negotiorum geſtorum agit, non ſolum ſi effectum habuit negotium quod geſſit, actione iſta utetur: ſed ſufficit, ſi utiliter geſſit, etſi effectum non habuit negotium. ſit exemplum: ſi quis inſulam fulſit quæ deinde exuſta ſit; aut ægrotum curavit ſervum qui deinde ſit mortuus. Plane, ſi putavit, ſe utiliter facere, ſed patrifamilias non expediebat negat Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 10, hunc habiturum actionem negotiorum geſtorum: cauſatus; quod, ut eventum non ſpectemus, at debet utiliter cœptum eſſe. Sic Ulpianus definit in negotiis vivorum geſtis: etiam in bonis mortuorum *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* Illud neſcio, an addam; quod ut geſtum ſit negotium: non ſufficit, cœptum eſſe, ſed conſummatum eſſe oportet: uſque adeo, ut ſi vivo Titio, negotia ejus adminiſtrare cœpi; intermittere mortuo eo non debeam. Nova plane inchoare, mihi neceſſe non eſt. vetera explicare ac conſervare, neceſſarium eſt *l.* 21. §. 2. *D. h. t. l.* 20. *C. h. t.* Quæ porro ſint nova, quæ vetera, negotia, & quod tempus in ſingulis inſpiciendum ſit, ut pro qualitate perſonarum & actio formetur, & condemnatio moderetur, diligenter Paulus *l.* 15. & 16. *D. h. t.*

Tenetur igitur quis de eo quod geſſit. imo interdum de eo quoque quod non geſſit. fac: (qui eſt caſus *l.* 6. §. *fin. l.* 7. & 8. *h. t.*) aliquis quædam geſſit, quædam non. contemplatione tamen ejus alius ad hæc non acceſſit; & vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea geſturus fuit. putat Ulpianus, eum teneri & propter ea quæ non geſſit: quaſi per eum factum ſit; ne omnia gererentur. in primis autem id placet Ulpiano; ſi debuit quid a ſe exigere. cum enim poſſit ſibi ſponte ſolvere: recte ei, ſi ceſſet, hoc imputatur: eoque incipiet uſurarium eſſe debitum quod ante non erat tale; utique in bonæ fidei judicio: in quo uſuræ debentur ex mora. ab eadem ratione inquit

Ul-

Ulpianus, ſi fuerit obligatus ex cauſa quæ certo tempore finiebatur, & tempore liberatus eſt; nihilominus eum teneri actione negotiorum geſtorum: idemque eſſe in ea cauſa ex qua heres non tenebatur. Sic Ulpianus: ſi ipſe quid debebat geſtor. at negat, idem eſſe, ſi invenerit debitores alios: nam ſi hos non convenerit, nihil ei imputari: quoniam eos judicio conveniendi facultatem non habebat, nullam habens actionem quam intendat ſine mandato: niſi qui negotia adminiſtravit, fuit is a quo mandatum non exigitur. nam tum ei imputari, cur eum non convenerit, oblata de rato cautione: modo, ſi ei facile fuit ſatiſdare *l.* 8. *h. t.*

Poſtremo ait Prætor, *Judicium eo nomine dabo.* Gajus *l.* 5. *D. de oblig. & act.* hoc judicium, ſive hanc actionem, appellat Negotiorum geſtorum: dicitque, naſci quaſi ex contractu ultro citroque. eſt igitur duplex actio negotiorum geſtorum: alia directa, alia contraria. Directa datur illi cujus intereſt, hoc judicio experiri *l.* 47. *h. t.* hoc eſt, domino cujus negotia geſta ſunt. Datur autem adverſus geſtorem *d. l.* 5. nec minus heredi, & adverſus heredem: quippe cum ex negotio geſto oriatur *l.* 3. §. 7. *h. t.* Concepta porro eſt de eo quod ex bona fide alterum alteri præſtare oportet *d. l.* 5. id vero poſtulat: ut geſtor domino reddat actus ſui rationem. quod fit in primis; ſi geſtor domino reſtituat, quidquid ex his negotiis retinet; & præterea ei præſtet damnum, ſi quod ei dedit. huc exire formulam actionis directæ, tam ratio geſti negotii, quam Gajus *l.* 2. *h. t.* indigitat. Utrumque propius conſideremus. Primum oportet geſtorem domino reſtituere quidquid ex negotiis retinet. hoc vero eſt omne quod ad eum pervenit ex rebus domini: ut fructus, æque pecunia ei a debitoribus ſoluta, nec minus quidquid extra eas res adquiſierit occaſione negotii geſti. optima ratione quæ eſt in *l.* 12. §. 1. *D. de diſtract. pign.* pone: (quod eſt exemplum *l.* 8. §. 1. *h. t.*) cum fundum tuum vel civitatis peterem, negotium tuum vel civitatis gerens; per obreptionem, id eſt, falſis allegationibus, fui ampliores, quam oportuit, fructus conſecutus? ait Ulpianus, debere me hoc ipſum tibi vel reipublicæ præſtare, licet petere non potuerim. hi ampliores fructus in *d. l.* 12. §. 1. dicuntur fructus majores: ſuntque dupli, ex Lege Duodecim Tabularum præſtandi a malæ fidei poſſeſſore: ut erudite oſtendit Jacobus Gothofredus ad *l.* 1. *Cod. Theod. de fruct. & lit. exp.* & ante eum Jacobus Cujacius *lib.* 5. *Obſerv. c.* 21. *& lib.* 9. *c.* 19. Dedi unum exemplum. ſed ne ſolum ſit, addam alterum ex *l.* 23. *h. t.* Titius gerens aliena negotia, indebitum exegit; etiam ſolvit indebitum. ait Paulus, eum quod indebite ſolvit, ſibi imputare debere, non domino, eam ſolutionem ratam non habituro. cur enim ſolvit quod non debebatur? & ſi ſolvit; quid ad dominum qui nec debebat, nec ſolvi juſſit? non ita eſſe, ſi quid indebitum accepit. nam ſi dominus ratam habeat ſolutionem; debere id domino bona fide reſtituere: quia ejus nomine accepit adde: quod tenetur dominus ſolventi, poſt ratihabitionem, de indebito. ipſe certe geſtor abſtinentem omni lucro præſtare fidem debet. Altera pars reddendæ rationis conſiſtit in eo: ut negotiorum geſtor domino reparet damnum quod ei dedit vel committendo vel omittendo: modo intervenerit ejus dolus, aut culpa, etiam leviſſima. Sic puto; & clarebit, ſi primum exemero ſcrupulum ex *l.* 20. *C. h. t.* In ea nulla fit mentio culpæ leviſſimæ, a geſtore præſtandæ; ſed dumtaxat doli, item culpæ latæ ac levis. poſſit igitur hoc aliquibus eſſe moleſtum, paſſim ſolitis a contrario ducere argumentum. quod te hic facere nolim: certa & indubitata juris forma. quam ob rem? quia *d. l.* 20. non eſt generalis Conſtitutio, ponens aut mutans actionis formam: ſed eſt Reſcriptum ad Libellum cujuſdam Octavianæ: a qua veriſimiliter rogatum fuit, utrum tantum de dolo & lata culpa teneretur negotiorum geſtor; an etiam de levi? Ac videor mihi ſimile obſervaſſe in *l.* 17. *C. de rei vindic.* in qua dicitur malæ fidei poſſeſſor teneri de fructibus perceptis: non quod de percipiendis non tenetur: ſed quod hos in Libello non attigerant Conſultores; & tantum fuit reſponſum ad factum Libello oblatum. Sed talia etiam alibi notavi *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. Igitur rem videamus. ait Juſtinianus §. 1. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contract.* negotiorum geſtorem ad exactiſſimam diligentiam compelli reddere rationem; nec ſufficere, talem adhibere diligentiam, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia. ſic ille. Idem cenſet Imp. Philippus *l.* 24. *C. de uſuris:* Glauciæ cuidam reſcribens, ejus matrem, ſi negotia quæ ad eum pertinent, geſſerit. debere omnem diligentiam præſtare. Tenetur igitur, ut dixi, negotiorum geſtor de dolo & omni culpa. Eaque ratione in *l.* 25. §. 16. *D. Famil. erciſc.* diſtinguitur a coherede: qui de leviſſima culpa non tenetur. Forte dices: in negotiorum geſtione verti utilitatem ſolius domini; ut in depoſito. igitur ſufficere, utrimque præſtari dolum & culpam latam. Sed levis momenti eſt hæc objectio. nam primo ſi quis ſe obtulit depoſito, etiam is tenetur de leviſſima culpa *l.* 1. §. 35. *D. Depoſiti.* deinde intereſt, quod negotiorum geſtio ſpectat ad adminiſtrationem; cum depoſitum tantum intendat ad cuſtodiam. In depoſito igitur ſufficit bona fides, cuſtodiæ ſufficiens. at negotiorum geſtio deſiderat induſtriam, negotio aptam & convenientem: quam etiam profiteri videtur is qui ad aliena negotia gerenda ſponte accedit. hanc igitur niſi præſtet, recte eo nomine tenetur: exemplo procuratoris ex mandato intervenientis

l. 21. & 13. *C. Mandati.* Plane interdum dolum ſolummodo verſari in actione negotiorum geſtorum, Labeo ſcribit. & eſt exemplum, ſi affectione coactus, ne bona mea diſtrahantur, negotiis te meis obtuleris. æquiſſimum enim eſſe putat, dolum dumtaxat te præſtare. eamque ſententiam probat Ulpianus *l.* 1. §. 9. *h. t.* Tenetur igitur negotiorum geſtor regulariter de dolo & omni culpa. An de caſu quoque fortuito? negant Diocletianus & Maximianus, ſi non interveniat ſpeciale pactum. ſic extat in *l.* 22. *C. h. t.* verba. *Negotium gerentes alienum, non interveniente ſpeciali pacto, caſum fortuitum præſtare non compelluntur.* At quod poteſt pactum ſpeciale intervenire in negotiorum geſtione; quæ ſine pactione conſiſtit? nullum. legendum igitur, *non interveniente ſpeciali facto.* quod primus atque ingenioſe obſervat Ampliſſimus Senator, D. van Bynckershoek, *lib.* 1. *Obſerv. c.* 7. & jam laudavi, *De pactis c.* 3. Tale factum elegans in *l.* 11. *D. h. t.* ſi novum negotium quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. eſt enim rationis (quod oſtendi *lib.* 1. *De fœnor. & uſur. c.* 8.) a te præſtari caſum fortuitum, etſi alioquin non præſtetur a geſtore. igitur ſi quod damnum fuerit ex ea re ſecutum, te ſequetur, lucrum vero abſenrem. ut tamen, ſi in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam damnum, abſens penſare lucrum cum damno debeat *d. l.* 11.

Ut ad rem revertar: placet, negotiorum geſtorem, quia regulariter tenetur de dolo & omni culpa, ſive committendo contingat, ſive omittendo, idcirco domino etiam teneri ad uſuras pecuniæ ab eo adminiſtratæ *l.* 24. *C. de uſuris.* Sed quas? quæ in regione frequentantur: ſic enim ſervatur in bonæ fidei judiciis, ex quibus eſt hæc actio. Quid, ſi geſtor domini pecuniam in uſus ſuos converterit malo more? tunc ad maximas, id eſt, centeſimas, eum teneri, docet Tryphoninus *l.* 38. *D. h. t.* Amplius debebit etiam periculum eorum nominum, quæ ipſe contraxit, agnoſcere. nam periculum nominum pertinet ad geſtorem negotiorum; non ad eum cujus negotia geſta ſunt. ſcilicet, quia obligatio non eſt ejus, quamdiu non eſt ceſſa a geſtore. ita ut non potuit is exigere nomina: ſic ſi deteriora fiant, non eſt ejus culpa. contra potuit geſtor exigere nomina: ac, ſi ceſſaverit id facere, & interim facta ſint deteriora; ejus culpa eſt. id tamen fallit; ſi fortuitis caſibus debitores ita ſuas fortunas amiſerunt, ut tempore litis ex ea actione conteſtandæ non eſſent ſolvendo: quia, ut ſupra dictum, negotiorum geſtor, etſi culpæ nomine teneatur, de fortuito tamen caſu non tenetur *l.* 37. §. 1. *D. h. t.* Satis de directa actione negotiorum geſtorum.

Sequitur contraria actio. ea ſic vocata: quia datur contra, ſeu viciſſim: nam hoc ſignificari verbo, *contra*, Donatus auctor eſt ad Terentium *Adelph.* 1. 1. ac pulchre Gajus *l.* 5. *D. de oblig. & act.* ait, ſi quis alterius negotia geſſerit, proditas eſſe actiones quas appellamus Negotiorum geſtorum: quibus invicem experiri poſſunt de eo quod ex bona fide alterum alteri præſtare oportet. Quid igitur eſt? ſicut actio directa datur domino adverſus geſtorem, ut reddat actus ſui rationem: ita contraria datur geſtori adverſus eum cujus negotia utiliter geſta ſunt. Ad quid? ut ei præſtetur quidquid eo nomine vel abeſt ei, vel abfuturum eſt. Hæc formula contrariæ actionis: hanc refert Gajus *l.* 2. *h. t.* & attingit Javolenus *l.* 28. *eod. tit.* eſtque ea idcirco diligentius obſervanda: quia inde apparet, quod Ulpianus *l.* 6. §. 3. *h. t.* ubi prædoni, ſi circa res meas aliquid impenderit, negat actionem ad *id quod ei abeſt*, ei palam negat actionem contrariam: quæ competit ad id quod abeſt: ut ſupra dixi. Fuerit hujus contrariæ actionis exemplum in *l.* 18. *C. h. t.* eique addi poteſt *l.* 37. *D. de uſuris*, quæ eſt ex Ulpiani lib. 10. Ad Edictum; & hujus loci. Poteſt porro quod hac actione petitur, effectum habere duobus modis: vel jure penſationis, ſi agatur recto judicio: vel ultro; ſi eo non agatur *l.* 10. *h. t.* ſicut etiam alibi monetur *l.* 17. §. 1. & *l.* 18. §. *ult. D. Commodati.* De eo cogitandum, quid in *d. l.* 10. deſignet ſequens Ulpiani locus, Antonio Fabro, Viro Erudito, gravis & ſuſpectus manus & inſcitiæ Triboniani. *Sed an ultro mihi tribuitur actio ſumptuum quos feci? & puto competere: niſi ſpecialiter id actum eſt, ut neuter adverſus alterum actionem habeat.* Conjungenda cum *l.* 8. §. *ult.* præcedente eſſe hæc verba, ex utriuſque Inſcriptione bene animadvertit Antonius Faber. ſed a Triboniano violata eſſe, fruſtra metuit? Nimirum volunt, ſi unus ex duobus ſociis prohibeat, alter non prohibeat, ab extraneo geri commune negotium: tum ſi poſterior qui non prohibuit geri, actione directa agat adverſus geſtorem; invicem huic adverſus eum jure penſationis competere contrariam ſumptuum actionem: quia verum eſt, abſentis & ignorantis negotium ab eo geſtum eſſe utiliter; licet alter ſocius palam geri prohibuerit commune negotium, nec ex geſto idcirco ulla parte teneatur. Idemque eſſe, ſi ille ſocius cujus nulla extat prohibitio, ceſſet agere actione directa: nam geſtori etiam tum ultro tribui actionem ſumptuum: quia adhuc eſt eadem, quæ ante erat, ejus dandæ ratio: niſi ſi inter eos ſpecialiter convenit, finito negotio; ut neuter adverſus alterum habeat actionem. Meo judicio, eſt hic ſimpliciſſimus Ulpiani ſenſus, atque eo minus culpandus Fabro: quod in obligatione, domino ignorante nata quaſi ex contractu, ante geſtum quidem negotium non potuit ſpecialiter con-

ven-

ventum intelligi, ut neuter adverſus alterum haberet actionem: at poſt geſtionem interpoſita talis pactio, jure interpoſita eſt; ideoque non eſt, cur a Prætore ſervaoda non ſit *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* præſertim non obſtruente ejus æquitatem allegatione alterius ſocii: clamantis, domino invito, factos a geſtore eſſe ſumptus; eo quod facti ſint, ipſo prohibente: cum a geſtore ei imputetur nihil.

Omittamus Ulpiani verba ſatis explicita, ſalva Triboniani exſtimatione. Videamus cætera. igitur ceſſat ſumptuum repetitio: ſi aut ſpecialiter renunciatum eis ſit poſt negotii geſtionem *d. l.* 10. aut facti dicantur invito & prohibente domino *d. l.* 8. §. *ult. D. l. ult. C. h. t. l.* 40. *D. Mandati.* Æque juſta erit domini allegatio, eſſe factos in rem ſibi non neceſſariam, vel ſe oneraturam, vel a ſe derelictam *d. l.* 10. §. 1. aut eſſe plures, quam oporteat *l.* 25. aut factos nulla re urgente, vel voluptatis cauſa *l.* 27. In omnibus enim hiſce an adſcribatur domino quod is ad ſe pertinere non exiſtimet? hoc fieri non ſinat bona fides: intra quam ſe tenet æquitas contrariæ actionis. Quid ſi impenſæ quidem dicantur factæ in rem alterius; ſed pietatis intuitu, conſequenter donandi, non credendi & repetendi, animo? ne lis quæſtioni ſit, en ejus exempla in *d. l.* 27. §. 1. *D. l.* 1. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 15. *C. h. t. l.* 50. *D. Famil. erciſc.* De ea lite conſultus Paulus *l.* 34. *D. h. t.* ſic reſpondit: *Hæc diſceptatio in factum conſiſtit.* ait, *in factum*, pro *in facto:* frequente apud Veteres loquendi forma, jam a multis ſæpe notata, & inter alios a V. Cl. Johanne Frederico Gronovio ad Livium *lib.* 2. *c.* 14. Senſus Pauli, Præſentem litem pendere a circumſtantiis ab utraque parte ſæpe probabilibus. ac vix dubito: quin illi fuerit conſilium, ſecundum *l.* 114. *D. de reg. jur.* (quæ eſt deſumpta ex ejus lib. 9. Ad Edictum, & hujus loci) hic inſpicere, quod in obſcuris ſolet: id eſt, quod veriſimilius eſt, aut quod plerumque fieri ſolet. De eo non dubito, quin inter alia voluntatis indicia, in *d. l.* 34. pro utraque parte prodita, hoc Pauli ſit decretorium, utrum impenſæ poſt mortem geſtoris negotii (is proponitur caſus) reperiantur relatæ in librum rationum, an non. videlicet, quod illud in credito, hoc in beneficio, fieri ſolitum. Morem tangit Seneca *lib.* 1. *De benefic. c.* 2. Verba Senecæ: *Nemo beneficia in kalendario ſcribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat. numquam illa vir bonus cogitat, niſi admonitus a reddente: alioquin in formam crediti tranſeunt.*

TITULUS VI.

De calumniatoribus.

CUR hic Titulus, qui eſt De calumniatoribus, ſubjiciatur Titulo De negotiis geſtis, obſcurior ratio eſt. ſed mihi probabilis videtur ſententia Jacobi Cujacii, *lib.* 23. *Obſerv. c.* 16. exiſtimantis, Titulum qui in Pandectis eſt De calumniatoribus, in Edicto Perpetuo fuiſſe conceptum in hæc verba: *De hiſce qui pecuniam, ut negotium facerent aut non facerent, accepiſſe dicerentur:* idque liquere ex *l. pen. h. t.* igitur rationem connectendi hujus Tituli cum priore, De negotiis geſtis, pendere ex verbo, *Negotium:* quod utroque in Titulo fuit; licet non eadem ſignificatione. ac ſimile obſervari in conjunctione Tituli, *Nautæ, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant*, cum Titulo *De receptis. qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant:* ut in loco dicetur. Interim præſens Edictum quod eſt De calumniatoribus, expoſuit Gajus lib. 4. Ad Edictum Provinciale, Paulus & Ulpianus lib. 10. Ad Edictum: ex eoque in *l.* 1. *h. t.* hæc extant verba. *In eum, qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe dicetur; intra annum in quadruplum ejus pecuniæ quam accepiſſe dicetur; poſt annum ſimpli in factum actio competit.* Hoc Edicto Prætor, ut locum habeat propoſita in factum actio, vult aliquem accepiſſe pecuniam, ut alii negotium faceret calumniæ cauſa. Calumnioſus autem Paulo *lib.* 1. *Sent. tit.* 12. eſt, qui ſciens prudenſque per fraudem negotium alicui comparat. qualis eſt, qui vexandi alicujus cauſa ei infert litem improbam. Sane Gajus *l.* 233. *D. de verb. ſignif.* Calumniatores, inquit, appellati ſunt, quia per fraudem & fruſtrationem alios vexarent litibus. & recte: eſt enim calumnia apud Veteres, (in quibus Paulus *l. pen. D. de hered. inſtit.* Juſtinus *lib.* 38. *c.* 7. & Suetonius *Calig. c.* 38.) lis improba & vexandi cauſa inſtituta. Nec refert in propoſito; utrum illa lis ſit civilis, an criminalis. clare Ulpianus *l.* 1. § 1. & *l.* 8. *h. t.* Illud mirere: quod Prætor hoc Edicto etiam punit eum qui dicitur pecuniam accepiſſe, ne alii faceret negotium. nam hoc idem ſignificat Ulpianus *d. l.* 1. *pr. In eum*, inquiens, *qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe dicetur.* Et contra poſſit alicui laudabile videri, alterum per alterum non vexari calumnioſa lite adverſus leges & bonos mores. Niſi turpe foret, accipere pecuniam; ne facias quod legibus & bonis moribus prohiberis: volente publica diſciplina, homines a flagitiis abſtinere virtutis reſpectu, aut legum veneratione; non privatis pactionibus: ut pridem notavi *lib. ſingul. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 9. *in fin.* Cæterum vis Edicti non ad lites ſtetit. etiam aliam qualemcumque injuſtam vexationem compeſcit. nam ſi publi-

 canus

canus ſub ſpecie vectigalis quod non debebatur, mancipia retineat, & pecuniam acceperit, ut ea dimittat: & ipſe hac parte Edicti in factum actione tenetur *l.* 7. §. 2. *h. t.* Igitur ut obtineat in factum actio; oportet acceptam eſſe pecuniam; ut alii negotium fieret, aut non fieret: ſive ante, ſive poſt, judicium acceptum *l.* 1. §. 2. *h. t.* Sufficit quoque, acceptam eſſe pecuniam. plus non deſideratur. qui igitur accepit pecuniam, ut negotium faceret, ſive fecit, ſive non fecit; & qui accepit, ne faceret, & ſi fecit, tenetur *l.* 3. §. 1. *h. t.* Non magis refert, utrum ipſe acceperit pecuniam; an juſſerit, alii dari; aut ratum habuerit ſuo nomine acceptum *l.* 2. *in fine h. t.* Item, utrum ab adverſario acceperit, an ab alio quocumque *l.* 3. *d. t.*

Quid porro ſit, *Pecuniam accepiſſe*, ſi quæratur: putarunt Veteres, Prætori viſum, pecuniam accepiſſe, non modo qui numeratam accepit pecuniam, quæ eſt propria verbi ſignificatio: ſed etiam qui aliquid accepit pro pecunia. *d. l.* 1. §. *ult.* ſcilicet, quia eſt par ratio, ſive quis acceperit numeratam pecuniam, ſive aliud pro ea. quin idem eſſe generaliter, ſi quid compendii ſenſit propter hoc *d. l.* 3. pone: res eſt propter hoc minoris locata aut vendita *d. l.* 2. non intereſt, utrum acceperim pecuniam, an non expenderim? nam ſic quoque lucrum feci: quod unum noluit Prætor. Ejuſdem generis eſt: ſi alicui data ſit pecunia gratuita utenda *d. l.* 2. id eſt, pecunia mutua: ut in boc Pedonis Albinovani, *Eleg.* 1.

Vita data eſt utenda, data eſt ſine fœnore nobis
Mutua, nec certa perſoluënda die.

Eadem ratione etiam eum qui obligatione ſit liberatus, pecuniam accepiſſe, ait Paulus in *d. l.* 2. cum qua eſt conjungenda *l.* 115. *D. de regulis juris*, quæ eſt ex eodem Paulo lib. 10. Ad Edictum. Fit autem liberatio (ut hoc addam) procul dubio per acceptilationem. nam hac ipſo jure tollitur obligatio; nec deinde poteſt ab eo qui ita liberatus ſit, peti. recte igitur videtur pecuniam quam retinet, quodammodo brevi manu accipere. Plus ait Ulpianus §. 2. *d. l.* 3. hoc Edicto etiam teneri eum, qui depectus eſt. non quaſi ille Edicti verbis comprehendatur: (non enim ita eſt, etſi viſum Gulielmo Ranchino, aliiſque) ſed quaſi Edicti ſententia non excludatur. Sic igitur accipio quod Ulpianus *d. l.* 2. ait, *Hoc Edicto tenetur etiam is qui depectus eſt. Depectus autem dicitur turpiter pactus.* Et eſt Ulpiani ſenſus, Debitorem ab obligatione depectione, ſive pacto nudo, liberatum, non minus pecuniam, id eſt, lucrum, accipere, quam ſi acceptilatione liberetur: etſi illo modo tantum per exceptionem, hoc etiam ipſo jure liberetur. nam in ſumma parum intereſſe: eodem utriuſque formæ effectu, exitum ſpectantibus *l.* 112. *D. de reg. jur.* quod Prætori ſufficit. Mea ſententia, id & nihil aliud indigitat in *d.* §. 2. Ulpianus: *Hoc*, inquiens, *Edicto tenetur etiam is qui depectus eſt.* Eſtque id tum verum maxime; ſi cum ſuo creditore ſit depectus, ne a ſe petatur; & agatur, ut tertio fiat negotium. quia ſic turpis eſt depectio; & quidem utrimque, tam a parte debitoris, quam creditoris: ideoque erit exceptioni locus, agente creditore. quod ſi parata creditori fuit calumnia; depectus autem debitor eſt cum creditore, ne a ſe petatur: aliud dicendum erit; quia jam quidem eſt depectio; ſed nulla eſt creditoris turpitudo: & ideo, quia pacti exceptio poteſt retundi replicatione doli mali, non videtur accepta pecunia, nec eſt actioni in factum locus. Idem eſt: ſi pecuniam ſis ſtipulatus, ut alii negotium faceres, aut non faceres. nam (ut ait Paulus *l.* 115. §. 1. *D. de regul. jur.* quam dixi eſſe ex ejus libro 10. Ad Edictum, ideoque hujus loci) non poteſt videri accepiſſe qui ſtipulatus poteſt exceptione ſubmoveri. Senſus eſt: Ut locum habeat actio in factum de calumniatoribus; ſolum quærit Prætor, an quis pecuniam acceperit; id eſt, an quid lucri ſenſerit; ut alicui negotium faceret, aut non faceret. id in præſenti caſu nôn apparet: quia ſtipulanti quidem nata eſt ex ſtipulatu actio; ſed ea poteſt elidi per exceptionem: nec eſt, cur videatur pecuniam accepiſſe, id eſt, lucrum feciſſe ſtipulatione: a cujus petitione per exceptionem removetur *l.* 13. *D. eod. tit.* ceſſat igitur in hac ſpecie propoſita in factum actio.

Dixi, quando obtineat hæc in factum actio. Eademque opera oſtendi, adverſus quem detur. Apparet enim, dari adverſus eum qui dicitur pecuniam accepiſſe; ut alicui negotium faceret, aut non faceret *l.* 1. *D. h. t.* Quid, ſi is ſit parens, aut patronus, aut ſimilis? poterat ſubdubitari: quia hæc actio non eſt famoſa. ſane in Edicto de his qui notantur infamia, inter infames non numeratur hoc Edicto damnatus in quadruplum. ſolus infamia notatur calumniæ cauſa damnatus judicio publico. Animadvertit tamen Ulpianus, hoc judicium, ut non ſit famoſum, eſſe inſtar famoſæ actionis: quippe continere mentionem calumniæ; eoque non permitti filio adverſus parentem; nec liberto adverſus patronum, aut patronam, aut liberos, parenteſve eorum: ſicut iis perſonis etiam in cæteris Edicti partibus habetur honor. plane ait Ulpianus, his perſonis ipſis honorem haberi, non etiam interventoribus eorum: & ſi forte ipſi pro aliis interveniant, honorem haberi. Ita ille *l.* 5. *&* 7. *D. de obſeq. par. & patron. præſt.* quæ ad hoc Edictum ſic recte retrahuntur: cum ſint ex libro 10. Ad Edictum: in quo eum hoc Edictum expoſuiſſe, jam ſæpius monui. Cæterum heres liberti (quod obſervat Paulus *l.* 8. *D. eod. tit.* quæ ſimiliter eſt ex lib. 10. Ad Edictum ideoque hujus loci) habet omnia jura extranei hominis adver-

verſus patronum defuncti integra.

Proximus locus eſt, cui hæc detur actio. id vero in Edicto hodie (quantum liquet ex *l.* 1. *D. h. t.*) non extat: ſed Veteres ajunt, illam competere ei qui pecuniam dedit, ne ſibi fieret negotium: itemque ei propter quem data eſt pecunia. ei vero qui pecuniam dedit, ut alii fieret negotium, non competere. Sic in *l.* 7. *pr.* & §. 1. *h. t.* eodemque modo accipio ſequentia verba *l.* 3. §. *ult. d. t.* *Sed ei dabitur petitio propter quem datum eſt, ut calumnia ei fiat.* Significat enim Ulpianus, quod ei propter quem datum eſt, ut ei fiat calumnia, ex hoc Edicto competit actio in factum in quadruplum: & ideo recte ſubjicitur: *Quare ſi quis a te pecuniam acceperit, ut mihi faceret negotium; & a me, ne mihi faceret: duobus judiciis mihi tenebitur.*

Reſtat, ut tractemus, ad quid competat hæc actio. ait autem Prætor, competere in quadruplum intra annum: poſt annum in ſimplum *l.* 1. *D. h. t.* Annus quemadmodum ſit accipiendus, explicat Gajus *l.* 6. *h. t.* De quadruplo autem dubitatur. quæritur enim, utrum totum ſit pœna; an ei inſit ſimplum, ut mixta videatur actio? ſed diſtinguit Cujacius, *lib.* 8. *Obſerv. c.* 24. ait enim, actionem ex hoc Edicto eſſe mixtam; ſi ipſe dedit, ne mihi fieret negotium. quod ſi alius dedit miſericordiæ cauſa, ne alii fieret negotium, eſſe mere pœnalem: cum non poſſit eſſe ſimplum reſpectu ejus, qui nihil dedit. nihilominus habet ille qui miſericordiæ cauſa dedit, ne alii fieret negotium, ejus quod dedit, repetitionem *l.* 7. *pr. D. h. t.*

Similiter puto, ſi pecunia data ſit, ut alii negotium fieret: eſſe actionem mere pœnalem. unde conſequens eſt, ut adverſus heredem ejus qui accepit, hæc actio non detur: niſi quatenus ad eum pervenit: & hoc, quia eſt conſtitutum, Turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur *l.* 5. *D. h. t.* An tamen heredi dabitur? & hoc negat Gajus *l.* 4. *D. h. t.* Atqui pœnales actiones ſolent heredibus dari: etſi non dentur adverſus heredes. Sed in propoſita ſpecie aliud eſt; quia eſt inſtar actionis injuriarum: quæ quod vindictam ſapit, non vacat odio; ideoque ne heredi quidem datur §. 1. *Inſt. de perpet. & temp. act.* Debet igitur heredi ſufficere: quod poteſt pecuniam a defuncto datam, quæ utique abeſt de patrimonio ejus, repetere condictione ob turpem cauſam; etſi ob injuriam defuncto illatam agere non poteſt *d. l.* 4.

Concurrunt cum hoc judicio complura alia: in primis condictio ob turpem cauſam, ſi quis dedit, ne alteri fiat negotium: quia tum eſt ſola accipientis turpitudo, faciens condictioni locum *l.* 1. §. 2. *D:* & *l.* 2. *C. de condiction. ob turp. cauſ.* quod ſi quis dedit, ut alii fiat negotium; is hanc condictionem non habet: cum ſit ab utraque parte turpitudo; & in pari cauſa potior habeatur cauſa poſſidentis *l.* 3. §. 3. & *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* Nec hoc fuerit inutile obſervatu; quod ſi is qui dedit, quo caſu poteſt condicere a ſe datum, deinde non poteſt agere ad quadruplum: quaſi alterutra ſufficiat actio. Sic Ulpianus *d. l.* 5. §. 1. *h. t.* imo addit, quod ubi condictio competit, ibi non eſt neceſſe, poſt annum dare in factum actionem. cæterum ſi alius dedit, ne alii quid negotii fiat: dicitur danti competere condictio, alteri in quadruplum actio *l.* 7. *D. h. t.*

Præter condictionem qua de egi, etiam cum actione in factum concurrit Lex Julia repetundarum *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Inſuper Conſtitutio Imp. Antonini ad Caſſium Sabinum: de qua Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. qui locus huc uſque inexplicabilis, a me, niſi mihi blandior, explicitus eſt feliciter, in *Diocletiano & Maximiano c.* 14.

Poſtremo monendum, quod *l. ult. D. h. t.* non pertinet ad hunc Titulum: ſed ad Legem Juliam de adulteriis: ut apparet ex *l.* 27. *D. Ad Leg. Jul. de adult.*

LIBER

LIBER QUARTUS.

TITULUS I.

De in integrum reſtitutionibus.

SUPERIOR liber egit de perſonis quibus permittitur in jure poſtulare apud Prætorem. ſequens exponet cauſas, ex quibus poſtulationes apud Prætorem fieri ſolent. prima occurrit in integrum reſtitutio: quam indicat Titulus De in integrum reſtitutionibus. Definitur autem a Valeriano & Gallieno in integrum reſtitutio, amiſſæ cauſæ redintegratio *l.* 2. *C. In quib. cauſ. in integr. reſtit. nec. non eſt.* Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 15. aliquanto plenius, Integri reſtitutio, inquit, eſt redintegrandæ rei vel cauſæ actio. Paulus rem diſtinguit a cauſa hoc ſenſu quem nobis tradidit Iſidorus *lib.* 5. *Origin. c.* 25. verbis ſequentibus. *Integri reſtitutio eſt cauſæ vel rei reparatio. cauſa redintegratur quæ vi poteſtatis expleta non eſt. res redintegratur, quæ vi poteſtatis ablata atque extorta eſt.* Iſidorus vocat rem, quæ promiſſa & tradita eſt: cauſam, quæ eſt tantum promiſſa, non etiam tradita. Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. Quod. met. cauſ.* alteram dicit rem perfectam: alteram imperfectam. Adhuc urit, quo pacto in integrum reſtitutio a Paulo dicatur actio: cum ipſe in *l.* 24. §. *ult. D. de minoribus* ſic ſcribat: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex Prætoria cognitione.* Sed jam aliquoties monui in ſuperioribus, actionis nomen aliquando anguſte accipi, aliquando late pro quacumque actionis ſpecie *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* putemus igitur, in integrum reſtitutionem a Paulo latiore ſignificatione dici actionem: ſive fiat data a Prætore actione & Judice, ſive ipſius Prætoris cognitione & decreto. Sed hoc ex ſequentibus apparebit.

Dixi, quid in Titulo ſonet in integrum reſtitutio. porro ejus cauſas quæram, æquitatem ſummam indicaturas. Igitur ait Ulpianus *l.* 1. *h. t.* utilitatem hujus Tituli non egere commendatione: ipſum enim ſe oſtendere. & præfatur: quod ſub hoc Titulo plurifariam Prætor ſubvenit hominibus Juris ſubtilitate vel lapſis vel circumſcriptis adverſus æquitatem naturalem. Nimirum Julianus cauſas omnes in integrum reſtitutionis in Edicto Perpetuo fuit ſub uno complexus Titulo. erant enim brevia Edicti capita: etſi res in infinitum abiit interpretatione Prudentum: eoque neceſſe eis fuit, in plures Titulos dividere, quæ ante uno continebantur: quod & in Pandectis factum. Debetur igitur Titulus, *De in integrum reſtitutionibus*, Edicto Perpetuo. ac putavit Ulpianus, e re eſſe, (quod & fecit libro XII Titulo 1. *De rebus creditis*) antequam ad ſingula veniret Capita, quædam ad Titulum generaliter præfari. quæ qualia fuerint, pleraque ignoramus: cum ex his tantum habeamus ejus *l.* 1. & *l.* 6. *h. t.* dicam igitur, quod ex eo & aliis licet. In *d. l.* 1. ait Ulpianus, a Prætore in integrum reſtitutionem indulgeri vel lapſis vel circumſcriptis mētu, calliditate, ætate, abſentia: additque Paulus in *l.* 2. (quæ eſt ex *d. tit.* 15. *lib.* 1. *Sentent.*) ſtatus mutationem, & juſtum errorem. uterque omnes cauſas expoſuit lib. XI & XII. Ad Edictum: ut intelligitur ex Inſcriptionibus legum hujus libri. tantum in eo deſideratur juſtus error: ex eo tranſlatus a Triboniano ad librum XXVII. ſub Titulo, *Quod falſo tutore auctore geſtum eſſe dicetur*: ſub quo in *l.* 1. §. 1. & 6. extant Edicti verba, & fit in his mentio reſtitutionis in integrum propter ignorantiam. etiam liquet ex Inſcriptionibus legum, ibi Ulpiani & Pauli lib. XII. Ad Edictum præferentibus, eum Titulum in Edicto Perpetuo fuiſſe hujus Tituli partem. quamquam, præter hoc exemplum, eſt in §. 33. *Inſt. de actionibus* adhuc aliud exemplum in integrum reſtitutionis ob errorem. quod quo referam, neſcio: niſi quis velit, pertinere ad clauſulam, *Item ſi quæ alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur*: quæ clauſula eſt Edicti ſub Titulo VI. hujus libri. Sed de hoc deliberent peritiores.

Vidimus cauſas permittendæ in integrum reſtitutionis. videamus formam. de hac ita Modeſtinus *l.* 3. *h. t. Omnes in integrum reſtitutiones cauſa cognita a Prætore promittuntur.* Modeſtini ſenſus eſt, quod Prætor voluit, omnes in integrum reſtitutiones a ſe peti; nullam a Magiſtratu municipali. nam (ut Paulus ait *l.* 105. *D. de regul. jur.*) ubicumque cauſæ cognitio eſt, ibi Prætor deſideratur. id eſt, (ut *lib.* 1. *De juriſd. & imp.* oſtendi) ibi non ſufficit Magiſtratus municipalis. ſcilicet, quia cognitio eſt mixti imperii, & exercenda pro tribunali: quod eſt Prætoris, Magiſtratus municipalis non eſt. atque ita Paulus *l.* 26. *pr.* & §. 1. *D. Ad municipal.* Inde dubitatum fuit ab Eruditiſſimis Interpretibus: ſi Prætor mandet juriſdictionem: an in mandatarium tranſeat in integrum reſtitutio? Jacobus Cujacius ad *l.* 3. *h. t.* putat, eam quidem tranſire ex Edicti partibus ex quibus propriæ dantur actiones: at ex tertia Edicti parte ex qua minoribus ſubvenitur, non tranſire. Sed mihi non placet Cujacii

ſen-

ſententia: reputanti, omnes in integrum reſtitutiones Prætori competere jure Magiſtratus: talia vero ab illo poſſe mandari, & mandata juriſdictione in mandatarium tranſire, ſuo loco demonſtratum eſt. Atqui minoris reſtitutio Prætoriam cognitionem deſiderat. Sit ita: ſed is cui mandata juriſdictio eſt, Prætorem repræſentat: fungens vice ejus qui mandavit, non ſua. Nec hoc mutavit Juſtinianus *l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. reſt.*

Promittit igitur Prætor, omnes in integrum reſtitutiones cauſa cognita. eſtque hinc conſequens; ne aliter indulgeantur, quam pro tribunali, & advocato adverſario: certo jure, quod quæcumque cauſæ cognitionem deſiderant, ea per libellum, id eſt, de plano, atque abſente adverſario, fieri nequeunt. fuit hoc Prætore dignum, ſi audimus Modeſtinum, *d. l. 3. Scilicet, ut juſtitiam earum cauſarum examinet, an veræ ſint, quarum nomine ſingulis ſubvenit.* Sic habent omnes editiones. Sed Gulielmus Fornerius *lib. 2. Select. c. 24.* legit, *& an veræ ſint.* quomodo etiam conjicit P. Faber ad *l. 183. D. de reg. jur.* Mea ſententia, abundant poſteriora verba, *an veræ ſint*, idem ſonantia, quod priora, *Ut juſtitiam earum cauſarum examinet:* nam *verum* eſt, *æquum*; ut ſæpe. nec eſt inſolens noſtris, bis idem dicere. indicavi id aliquot exemplis *lib. 3. Probabil. c. 10.* Nec me fugit, Prætorem in minorum reſtitutione æque de facto, ac de jure cognoſcere. Sed non minus ſcio, quod ob metum, dolum, abſentiam, petita in integrum reſtitutione, Prætor cognoſcit de juſtitia cauſæ; judex ab eo datus de facto, ut paſſim fieri, dudum demonſtravi *lib. 1. De juriſd. & imp. c. 8.* atque hac ratione aſſentiar quidem Radulpho Fornerio *lib. 1. Rer. quotid. c. 19.* in *d. l. 3.* verum a juſto ſeu æquo ſeparanti.

Non minus vertitur in cauſæ cognitione; ne quid Prætor facile mutet ex ſolemnibus; id eſt, ex ordine juris: & tamen, ubi æquitas evidens poſcit, ſubveniat læſo Juris ſubtilitate. Caſus elegans *l. 7. h. t.* Aliquis in jure citatus voce præconis, non reſpondit. ob hoc more judiciorum pronuntiatum a Prætore eſt, contumacem videri. ille confeſtim adiit Prætorem adhuc ſedentem pro tribunali: petens in integrum reſtitui; quod dicit, ſe defuiſſe nulla ſua culpa, ſed parum audita voce præconis. an recte? hærebat Marcius Avitus Prætor: quod, e re publica eſſe exiſtimaret, nihil mutari ex ſolemnibus. contra urgebat æquitas petentis in integrum reſtitutionem ob juſtam cauſam, & quidem confeſtim, Prætore adhuc ſedente pro tribunali. igitur conſultus a Prætore Princeps, pro ſua benignitate æquitatem præferens rigori juris, permiſit, in integrum reſtitui eum, qui non ſua culpa, ſeu contumacia, defuiſſet; ſed quod vocem præconis parum audiviſſet. Simile occurrit in §. 1. *d. l. 7.* proponitur ibi aliquis ſine ſuâ culpa abſfuiſſe fraude adverſarii. quæritur, utrum danda læſo ſit actio de dolo, an in integrum reſtitutio. hoc mavult Marcellus: præfatus, quod ut poſſit locum habere actio de dolo; tamen eſt boni Prætoris, potius reſtituere litem, ut ratio & æquitas poſtulat, quam actionem famoſam conſtituere: atque eo magis, quia ad hanc tum demum eſt deſcendendum; cum alii remedio locus eſſe non poteſt.

Æque pulchra eſt ſequens obſervatio; (quam quorumdam fuiſſe, ait Calliſtratus *l. 4. D. h. t.*) ne is qui in integrum reſtitui poſtulat, audiatur: propter ſatis minimam rem vel ſummam: quamquam non ſemper; ſed ſi majori rei aut ſummæ præjudicetur. nam (ut egregie Paulus *l. 54. D. de judiciis*) non oportet majori cognitioni per minorem cauſam fieri præjudicium. major enim quæſtio minorem cauſam ad ſe trahit. Similis æquitas adhibetur: ſi famoſa actio ſit de dolo malo. nam ne hæc quidem, ſi ſit modica ſumma, id eſt, uſque ad duos aureos, debet dari *l. 9. §. ult. & l. 10. D. de dolo malo.*

Præter hæc ait Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 15. §. 1.* in cauſæ cognitione verti; ne in integrum reſtitutio plus, quam ſemel, decernatur. Niſi (hoc enim addendum) nova allegetur cauſa. tum enim aliud dici placet *tot. tit. C. Sæpius in integr. reſt.*

Eſt & illa inſpectio, utrum læſo tantum ſubveniatur, an etiam ejus heredibus, cæteriſque ſucceſſoribus. & ſpectat huc elegans Ulpiani locus *l. 6. D. h. t.*

Ne illa quidem quæſtio ab hoc Titulo fuerit aliena; ubi petenda ſit in integrum reſtitutio? placet vero Diocletiano & Maximiano *l. 2. C. Ubi & apud quem cogn. in integr. reſt.* peti in loco domicilii rei. & recte: ſi reſtituenda ſit in perſonam actio. at ſi in rem actio ſit: nil vetat, eam vel in loco rei ſitæ poſtulari *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

Non minus potuit ſub hoc Titulo cogitari de tempore petendæ in integrum reſtitutionis. Id in omnibus Edicti partibus olim fuit annus utilis.* Sed hunc in quibuſdam mutavit Conſtantinus. nam in actione de dolo pro anno utili ſubſtituit biennium continuum *l. unic. Cod. Theod. de dolo malo.* at minoribus in *l. 2. Cod. Theod. de temp. in integr. reſt.* poſt annum quintum & vigeſimum pro locorum differentiis ea in lege expreſſis, vel quinquennium indulſit, vel quadriennium, vel triennium. Sed Imp. Juſtiniano *l. ult. C. de tempor. in integr. reſt.* placuit, minoribus unum definire tempus quadriennii continui: ſublatis locorum & temporis differentiis. idemque poſuit majoribus: ſeparata a republica ſupervacua utilis anni differentia. igitur abrogavit quidem Juſtinianus *d. l. 2.* ſed non æque abrogavit *d. l. unicam*; eſtque, opinor, hæc idcirco inſerta ejus Codici: cui illa inſerta non eſt. quare conſequens eſt; ut tempus peten-

dæ actionis de dolo malo adhuc biennium ſit ex præſcripto *d. l. ult. C. de dolo malo.* Sic plane cenſeo; & niſi intercedat quis doctior; addo, in *d. l. unica Cod. Theod. de dolo malo* pro, *intra continuum tempus anni*, eſſe ſcribendum, *intra continuum tempus biennii.* Huc me ducit *d. l. ult. C. eod. tit.* quæ eſt deſcripta ex *d. l. unica*, & habet, *intra continuum biennium.* nec occurrit, cur putem, aliquid mutaſſe Tribonianum. imo Conſtantinus æque in fine *d. l. unicæ* atque in fine *d. l. ultimæ* ita loquitur, *Omnes igitur ſciant, neque incipiendæ poſt biennium, neque ante completum biennium cœptæ, poſt biennium finiendæ doli actionis conceſſam licentiam.* Manifeſto indicio, tam in initio *d. l. unicæ*, quam in initio *d. l. ultimæ*, ab illo factam eſſe *biennii* mentionem.

Supereſt reſtitutionis effectus. eſt autem egregius, quem attingit Paulus *l. 5. h. t.* his verbis: *Non videtur excluſus quem Prætor pollicetur in integrum reſtituere.* Paulus vult, quod ſi quis juris ſubtilitate amiſit actionem aut rem; is eam non habet jure civili. nihilominus eſt fictione juris Prætorii perinde habendus, ac ſi eam non amiſiſſet: quia Prætor eum reſtituet eo loco in quo fuit, antequam ejus amittendæ cauſa interveniſſet. ita videtur rem demum amiſiſſe is qui adverſus nullum habet ejus perſequendæ actionem *l. 14. §. 1. D. de verb. ſign.* at qui habet actionem ad rem recuperandam, (qualis eſt is qui poteſt petere in integrum reſtitutionem: nam & hæc eſt actio, ut ſupra dictum) ipſam rem habere videtur *l. 15. D. de regul. jur.*: id eſt, prætoria æſtimatione eam habere intelligitur.

Eſt & hoc conſequens Prætoriæ æquitati: ut, cum læſum in integrum reſtituit, omnia redintegret: id eſt, ita ut unuſquiſque quem ea res contingit, integrum jus recipiat: ut in ſequentibus Titulis ſuis exemplis oſtendetur. Interim huc ſpectat *l. unic. C. de reput. quæ fiunt. in judic. in integr. reſt.*

Poſtremo eſt effectus poſtulatæ reſtitutionis in integrum: ne quid novi fiat, donec res finiatur. ita curabit is ad cujus partes ea res pertinet, ut omnia interim in ſuo ſtatu maneant. *l. unic. C. In integr. reſt. poſt. ne quid nov. fiat.*

TITULUS II.

Quod metus cauſa geſtum erit.

PRIMA cauſa petendæ in integrum reſtitutionis eſt vis ac metus, ipſa ſatis juſta. certe placet hoc Senecæ *lib. 4. Controv. 26. Lex vim paſſo ſuccurrit, & iniquum illi videtur, id ratum eſſe, quod aliquis non quia voluit, pactus eſt; ſed quia coactus eſt.* Auctor Edicti, Veteres ſub hoc Titulo occupantis, videtur eſſe Caſſius, eo nomine laudatus ab Ulpiano *l. 4. §. 33. D. de dol. mal. & met. except.* Capita autem ejus Edicti hoc Titulo duo exponuntur. prioris verba in *l. 1. h. t.* talia prodit Ulpianus: *Quod metus cauſa geſtum erit ratum non habebo.* Nec tamen omittendum credidit, quod ab Edicti auctore olim ſic edicebatur, *Quod vi metuſve cauſa*: & fiebat vis mentio, propter neceſſitatem impoſitam contrariam voluntati. metus autem, propter inſtantis vel futuri periculi cauſa mentis trepidationem. adeo vis eſt majoris rei impetus qui repelli non poteſt *l. 2. h. t.* eaque refertur ad corpus. metus eſt majoris timor malitatis, magiſque ad animum pertinet. itaque Fronto, vetus Grammaticus, inter *Auct. ling. Lat. pag. 1331, Metus*, inquit, *motus animi eſt.* Electionem certe habet, ſi finem ſpectes *l. 21. §. 5. h. t.* ſin ad initia advertas; habet neceſſitatem voluntati adverſam. vidit Ulpianus *l. 116. D. de reg. jur.* & ante Seneca *lib. 2. De benefic. c. 18.* ſic ſcribens. *Cum eligendum dico, cui debeas, vim majorem & metum excipio: quibus adhibitis electio perit.* Olim igitur ita edicebatur, *Quod vi metuſve cauſa*: ſed poſtea, inquit Ulpianus *d. l. 1.* detracta eſt vis mentio, forte a Juliano in compoſitione Edicti Perpetui. & addit Ulpianus detrahendi cauſam, *Quia quodcumque vi atroce fit, id metu quoque fieri videatur.* Atqui poteſt vis corpori fieri, ut animo non inferatur metus. Ciceronem audi, *Pro Cæcina c. 15.* ſic ait: *Saucii ſæpe homines, cum corpore debilitantur, animo tamen non cedunt.* Quid igitur eſt? aut accipienda Ulpiani verba accommodate ad mentem Prætoris, hoc Edicto fere emendantis vim qua quis compulſus aliquid fecerit *l. 3. h. t.* quæ vis ſine metu intelligi nequit: aut eſt Hyſterologia, ſic explicanda, quaſi eſſet ab Ulpiano ſcriptum: Quia quodcumque metu fit, id quoque vi atroce fieri videtur. Hoc enim intendit Ulpianus: & ſic optime ſequitur in *d. l. 3.* conjungenda cum *d. l. 1. Continet igitur hæc clauſula & vim & metum.* id eſt, tam vim, quam metum. ita prorſus, ut hic nihil interſit inter vim & metum. cæterum Ulpianus *d. l. 3. §. 1.* Vim, inquit, atrocem accipimus, & eam quæ adverſus bonos mores fit: non eam quam Magiſtratus recte intulit, ſcilicet jure licito, & jure honoris quem ſuſtinet. nam ea civili interpretatione non habetur vis. quod ſi per injuriam quid fecit Populi Romani Magiſtratus, vel provinciæ Præſes; ſcribit Pomponius, hoc Edictum locum habere: Si forte mortis, aut verberum, terrore pecuniam alicui extorſerit. Aliud exemplum eſt in *l. ult. §. ult. h. t.* Sempronius a Titio pecuniam quaſi ſibi debitam, quæ non erat debita, Gajo delegavit. Gajus, cum

ei non ſolveretur pecunia, a Præſide petit viatorem nominatim vice arbitri: per quem eam Titio auferat. Præſes, dato apparitore, Titium quod non debebat, extra ordinem coëgit ſolvere ſine notione Judicis. placet Ulpiano, inciviliter extorta reſtitui ab eo qui rei damnum præſtiterit. *Inciviliter* eſt, non convenienter juri & ordini civitatis: ut in §. *2. d. l. & l. 2. & l. 3. D. de extraord. cognit.* & in ſequente Apuleji loco ex *lib.* 10. *Metamorph. Ut rite & more majorum judicio reddito & utrimque ſecus allegationibus examinatis civiliter ſententia promeretur; ne ad inſtar barbaricæ feritatis vel tyrannicæ impotentiæ damnaretur aliquis inauditus.* Igitur pecunia inciviliter extorta, Ulpiano eſt pecunia adverſus formam juris & morem civitatis extorta. Præſes enim, ſervato jure & ordine, debebat judicem, arbitrumve dare. viatorem vice arbitri dare non debebat: niſi raro & re urgente *l. ult. D. de judic:* quia viator (ut bene Briſſonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 2.) ſpectat ad executionem extraordinariam: ut, ſi (quod obſervat Cujacius *lib.* 16. *Obſerv. c.* 19.) debitor fugiens, ſecum auferat pecuniam debitam: creditori ſua fuga inanem facturus ordinem juris. Igitur, quia in propoſito extorta inciviliter eſt indebita pecunia: jubebit Judex, illam reſtitui ab eo qui rei damnum præſtitit. Sic: ſi indebita ſit pecunia. non idem eſt: ſi ſit debita. fac: (qui eſt poſterior caſus *d. l. ult. §. ult.*) Titius Sempronio debebat centum. Præſes, nullo dato Judice, extra ordinem juſſit, Titium ſolvere quod debebat. paret Titius ſimplici Præſidis juſſui; & quod debebat, ſolvit. an poteſt ſolutum per hoc Edictum repetere? negat Ulpianus: & recte. etſi enim non oportuit exactionem fieri extra ordinem; ſed civiliter, id eſt, ut dicitur in *l. 7. C. de ſententiis*, ſecundum juris rationem cauſa cognita; tamen ſolutum revocare, incivile eſt; id eſt, ut dictum, contra juris formam eſt: nempe, quia nihil debitori abeſt.

Non ſufficit, metum eſſe alicui factum adverſus bonos mores. hoc plus oportet, non eſſe qualem qualem. nam ut ſimpliciter dicat Prætor, *Quod metus cauſa geſtum erit*, & non diſtinguat: tamen rationis eſt, (quod ait Labeo apud Ulpianum *l. 5. h. t.*) metum accipiendum, non quemlibet timorem; ſed majoris malitatis. Sic legitur Florentiæ; & probarunt dudum complures, nuper etiam Vir Doctiſſimus, D. Dukerus, Notis ad *lib. De Latin. Vet. Juriſc. p. 325. & ſeq.* Gajus *l. 6. h. t.* metum, inquit, non vani hominis, ſed qui merito cadat in hominem conſtantiſſimum, ad hoc Edictum pertinere. proinde ſi quis meticuloſus rem nullam, id eſt, nullius momenti, fruſtra metuerit, ait Ulpianus, eum per hoc Edictum non reſtitui: & hanc adfert rationem: Quoniam neque vi, neque metus cauſa factum eſt *l. 7. h. t.* ſenſus: Quoniam non poteſt videri metus: niſi cum eſt metuendi cauſa, certo periculo. Igitur quærentibus, an locum habeat reſtitutio ex hoc Edicto: una inſpectio eſt, an ſit geſtum metu hominis non vani: qui metus vocatur juſtus *l. 23. §. 1. h. t.* ea vero inſpectio in facto, non in jure, conſiſtit: & ideo non poteſt ulla Conſtitutione, neque juris auctorum quæſtione, decidi; quin tota eſt relinquenda Judicis arbitrio. Interim non deſunt exempla Judici aliquod allatura lumen, ſi opus habeat. ita nemo dubitet, quin in hominem conſtantiſſimum poſſit cadere metus mortis, cruciatus corporis, ac verberum *l. 7. C. h. t.* & occurrunt tales caſus *l. 7. §. 1 & l. 8. D. h. t.* & apud Horatium *lib. 1. Serm. ſat. 2. verſ. 39. & ſeqq.* Ejuſdem generis eſt metus ſtupri *d. l. 8. §. 2.* nec minus ſervitutis *l. 4. D. h. t.* aliquo forte ſtatus mei inſtrumenta, quibus indigeam, interverſuro *d. l. 8. §. 1.* ſimilis metus eſt carceris *l. 22. D. h. t.* item cujuſcumque cuſtodiæ incivilis: ut ſi quis privata vi athletam incluſerit, vinxeritve *l. 23. §. 2. D. h. t.* aut, ſi juſto metu perterritus, cognitionem ad quam ut vinctus iret, potens adverſarius minitabatur *d. l. 23. §. 1.* Cæterum, quæ diximus ad Edictum pertinere, hæc utrum in ſe quis veritus ſit, an in liberis ſuis; nihil intereſt: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur *l. 8. §. 3. D. h. t.* Habes exempla metus juſti. exſpectas quædam hominis vani. Talis eſt timor ejus adverſus quem nihil fit illicite; & ipſe metum infert ſibi: ejus exemplum dat Paulus *l. 21. h. t.* Si, inquiens, mulier contra patronum ſuum ingrata facta, ſciens ſe ingratam, cum de ſuo ſtatu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiſerit, ne in ſervitutem redigatur: ceſſat Edictum; quia hunc metum ſibi ipſa infert. Similis timor eſt, ne ad civilia munera nomineris *l. 8. C. h. t.* aut ſi quis dicatur motus reverentia dignitatis *l. 6. C. d. t.* niſi quid per potentiam extorqueatur *l. ult. C. h. t.* tum enim juſtus metus eſt *l. 23. §. 1. D. h. t.* De timore infamiæ quæritur? at ne hunc quidem Edicto contineri, ait Pedius apud Ulpianum *l. 7. D. eod. tit.* puto, quia infamia non pendet a facto aut opinione privati hominis: ſed a jure: ut in loco dictum. eſt igitur meticuloſi hominis, & ſe terrentis. idem cenſet Ulpianus de timore alicujus vexationis *d. l. 7.* Similiter ajunt Diocletianus & Maximianus *l. 9. C. h. t.* metum non jactationibus tantum, ſed atrocitate facti comprobari. ac belle Ulpianus *l. 9. D. h. t.* Metum, inquit, debemus accipere præſentem (etſi futuri aut imminentis periculi) non ſuſpicionem inferendi ejus. & addit, ita Pomponium ſcribere lib. 28: putare enim, metum eſſe, ſi illatus eſt timor ab aliquo: id eſt, ut ego expono, non a ſe, ſed ab alio quo: quomodo *aliquid jus* pro *alio quo jure* dicitur *l. 19. D. de damn. infect.* Inde tractat Pomponius apud Ulpianum *d. l. 9.* ſi fundum meum de-

reliquero, audito, id eſt, cum audiſſem, quod quis cum armis veniret, an locus ſit huic Edicto. & refert, Labeonem exiſtimare, Edicto locum non eſſe, & Unde vi interdictum ceſſare: ac præfatur, Quoniam non videor vi dejectus qui non expectavi dejici, ſed profugi ultro. Sic ille. ſed aliter Julianus *l.* 33. §. 2. *D. de uſurpat. & uſucap.* verbis ſequentibus. *Si dominus fundi homines armatos venientes exiſtimaverit, atque ita profugerit: quamvis nemo eorum fundum ingreſſus fuerit, vi dejectus videtur.* Verum aſſentior Jacobo Cujacio, pro *exiſtimaverit* legenti *extimuerit.* quomodo etiam conjecit Ruſſardus, *Not. marg.* addens, ſe in libro manuſcripto reperiſſe *extimaverit:* unde ſublata litera, *a*, facile fieri *extimuerit.* Eſt vero ſic Juliani ſenſus, Si dominus fundi extimuerit homines armatos quos videbat ad ſe venire, atque ita profugerit, intelligitur vi dejectus, quamvis nemo eorum fundum ingreſſus fuerit. ita intereſt, utrum quis audiverit, venire armatos homines, an viderit. de eo qui audiverit venire, agit in *d. l.* 9. Pomponius, & Ulpianus, & Labeo: de eo qui vidit ad ſe venientes Julianus *d. l.* 33. §. 2. & Cicero *Pro Cæcina.*

Sed pergit in Edicto Prætor, *Quod*, inquiens, *metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo.* Quid proprie ſit *Geſtum*, indicat ex Labeone Ulpianus *l.* 19. *D. de verb. ſignif.* ſed in hoc Edicto, & quibuſdam aliis, geſtum eſt, qualiter qualiter geſtum, ſive obligatione, ſive liberatione, ſive traditione. hæc enim Edicto comprehendi, totus evincit Titulus. plus ſcribit Ulpianus *l.* 9. *pr. h. t.* ſi forte adhibita manu in meo ſolo per vim ædifices, quoniam metu patior id te facere, & interdictum Quod vi aut clam, & hoc Edictum locum habere. quod ſi per vim tibi poſſeſſionem tradidero, Pomponium dicere, Edicto locum eſſe, verum interdictum Unde vi ceſſare: quoniam non eſt vi dejectus, qui compulſus eſt in poſſeſſionem mittere. Sic Ulpianus in *l.* 5. *D. de vi & vi arm.* conjungenda cum *d. l.* 9. quando utraque eſt Ulpiani, atque allegantis Pomponium, & præterea ex eodem libro XI. Ad Edictum. Poſtremo notat Ulpianus *d. l.* 9. §. 2. etiam ædificii depoſitionem & manumiſſionem ad hujus Edicti reſtitutionem porrigi. Et tamen id ſic temperandum: ne manumiſſio vi aut metu expreſſa, reſcindatur: ſed actio in quadruplum detur: præterquam in caſu *l.* 9. & 17. *D. Qui & a quib. manumiſſ. lib. non fiant.*

Promittit igitur Prætor, ratum ſe non habiturum, quod metus cauſa geſtum erit. Et (ut ait Ulpianus *l.* 9. §. 1. *h. t.*) animadvertendum, quod Prætor hoc Edicto generaliter & in rem loquitur. verba Ulpiani, *Generaliter & in rem*, idem valent; ut in *l.* 7. §. 8. *D. de pactis.* quod vero ad jus attinet, ſic præclare infit Seneca, Pater, *d. lib.* 4. *Controverſ.* 26. *Neque Lex adhibenti vim iraſcitur. ſed paſſo ſuccurrit: & iniquum illi videtur, id ratum eſſe, quod aliquis non quia voluit pactus eſt, ſed quia coactus eſt. nihil autem refert, per quem illi neceſſe fuit. iniquum enim quod reſcinditur, facit fortuna ejus qui paſſus eſt, non perſona facientis.* Ita eſt: quia Prætor generaliter improbat quod metus cauſa geſtum ſit; nec adjicit, a quo geſtum ſit: apparet, non perſonam, ſed rem, notare; ac vere ſubjici ab Ulpiano *d.* §. 1. *l.* 9. ideo nihil referre, a quo illatus ſit metus: utrum ſingularis ſit perſona, an populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: a quocumque enim vis facta ſit, fore huic Edicto locum. Addit tamen Ulpianus, excipi a Pomponio, Niſi aliquid a te accepero, quo magis te tuerer de vi hoſtium, vel latronum, vel populi. atque eleganter inquit: nimirum, ut illata tibi ea in ſpecie vis ſit; tamen ſi ipſe ſim ab ea alienus, non debeo ego qui tibi profui optimo conſilio, hoc Edicto teneri. imo videor potius accepiſſe operæ meæ mercedem, quam propter vim ac malo more.

Ait porro Prætor, *Ratum non habebo.* Hiſce verbis improbat omne quod ſit vi aut metu geſtum: in primis ſi quid ob hoc abſit vim aut metum paſſo. Non quidem liquet hoc Edicti verbis: ſed conſequens eſſe menti & ſententiæ Prætoris, non modo ratione, ſed & poſteriore Edicti capite, intelligitur. Interim putemus, eum polliceri, in integrum reſtituere quod per cauſam metus juris ſubtilitate ſit amiſſum. nam ſi, ut ſonant Edicti verba, non habet ratum quod eſt metu geſtum: manifeſtum eſt, quidquid ſit metu geſtum, reſcindere, ſeu negligere, hoc eſt, illo habere modo, quo erat, antequam intervenit metus. erat autem tum integrum jus quod deinde per metum juris ſcrupuloſitate eſt ſublatum. Ait igitur Prætor, *Ratum non habebo:* nec addit tempus. nullo igitur tempore habebit ratum *l.* 21. §. 1. *h. t.* De eo videndum, num interſit, utrum imperfecta res, id eſt, tantum promiſſa, nondum tradita ſit, an jam ſit perfecta, id eſt, traditione conſummata? Sed non puto, intereſſe: quia eſt generalis ſermo, Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo. fit autem dupliciter, ut res imperfecta non habeatur rata. primum exceptione Quod metus cauſa; ſi promiſſor metum paſſus conveniatur actione ex ſtipulatu. deinde actione Quod metus cauſa: niſi adverſarius promiſſionem metu extortam, tollat per acceptilationem *l.* 9. §. 3. *D. h. t.* quod ſi res ſit numeratione perfecta: poteſt reſcindi actione Quod metus cauſa: etſi non alias, quam ſi utraque & ſtipulatio & numeratio metu extorta ſit. nam ſi ſola extorta ſit numeratio: poteſt quidem aliis legibus eſſe locus; ſed actio Quod metus cauſa ceſſat: quia ut numeratio facta ſit per metum: at ſtipulatio metus cauſa facta non eſt

eſt *l.* 12. §. *ult. D. h. t.* Eadem ratione ſi ſola ſit ſtipulatio vi aut metu extorta, traditio numeratiove non ſit: ceſſat Edictum; verum condictio ob cauſam turpem aut injuſtam nihilominus dabitur *l.* 7. *D. de condict. ob turp. cauſ.* Plane, ſi metum paſſus, malit vetere experiri actione, ſive in rem, ſive in perſonam, omiſſa Quod metus cauſa actione, ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 4. jus eſſe: nam permitti in rem actionem, reſciſſa, id eſt, neglecta traditione: in perſonam vero, reſciſſa, ſive neglecta, acceptilatione vel alia liberatione. Utra tamen agatur actione, non eſt directa: (nam illa extincta juris ſubtilitate numquam reviviſcit) ſed eſt utilis, id eſt, reſtitutoria, ex Prætoris æquitate recipiens veterem qualitatem quam, ut dixi, juris ſubtilitate amiſerat. ita, utrum directa, an utili, actione agatur, nihil intereſt: niſi quod directa eſt perpetua: hæc tantum competit intra annum utilem, ut poſt dicetur. præterea intereſt, quod dominus actione directa rem ſuam vindicans, poſſeſſori, ſi quid pro ea dederit, nihil reſtituit *l.* 3. *C. de rei vindicat.* ſed in actione utili non aliter metum paſſo fit reſtitutio, quam ſi ipſe viciſſim ei qui metum intulit, reſtituat pretium quod ab eo accepit *l.* 3. & 4. *C. h. t.* idque convenienter æquitati Prætoris, fere agentis reſtitutione: ut unuſquiſque jus ſuum recipiat *l.* 24. §. 4. *D. de minorib.* Apparet igitur, læſo vi, aut metu, duplice via a Prætore ſubveniri: quamquam ita, ut una electa, altera pereat *d. l.* 9. §. 6. Fac: (quod eſt exemplum *l.* 21. §. *ult. h. t.*) repudiavi hereditatem coactus metu. non eſt dubium, quin eam amiſerim jure civili. peto, reſtitui in integrum adverſus vim. ſuccurret mihi Prætor duplice via. priore permittet mihi quaſi heredi, qui non ſum heres, agere utili petitione hereditatis. poſteriore via mihi permittet, ſi malim, agere in quadruplum actione Quod metus cauſa. ita patet mihi alterutra via: ſed una electa, altera extinguitur.

Poſtremo conſideremus, num etiam ipſo jure infirmetur quod metus cauſa geſtum ſit; ideoque Prætoria in integrum reſtitutio non deſideretur. Scio, eſſe qui dubitent. ſed mihi placet, diſtinguere, utrum ſit bonæ fidei negotium in quo dicitur metus interveniſſe, an ſtricti juris. poſteriore caſu puto, ſubtili jure ſubſiſtere, ſed Prætoria æquitate reſcindi. priore caſu eſſe nullum ipſo jure; nec egere Prætoris reſciſſione, quaſi non nata actione. poſſem id in præſentia demonſtrare: ſed non opus, quia in anteceſſum egi, & diligenter, *lib. ſing. De forma emendandi doli mali c. ult.*

Hoc inter privatos jus fuit. at placuit Imp. Conſtantino *l.* 2. *Cod. Theod. De his quæ adminiſtr. vel offic. public. gerentib. diſtr. ſunt lib.* 8. *tit.* 15. ſpeciali uti ſeveritate in pœnam Numerariorum: (de quorum voracitate in Notis ad eam legem Jacobus Gothofredus) ut ſi qui conqueſti fuerint, ab illis extortas ſibi aliquas eſſe venditiones: non modo eas irritas inaneſque efficiant; eoque male vendita recipiant: ſed ipſi quoque illi illiciti ac deteſtandi emptores pretii amiſſione puniantur. Nec hoc fine ſtetit Conſtantinus: ſed quod adverſus Numerarios ſtatuit in *d. l.* 2. id in *l.* 11. *C. h. t.* longius porrexit: jubens, ſi per impreſſionem quis aliquem metuens falſtem in mediocri officio conſtitutum, rei ſuæ in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, ſub venditionis titulo fecerit ceſſionem: tum emptum reddi, & nihilominus pecuniam retineri: ſimilemque ſervari pœnam, ſi qui vel conjugis vel amici nominibus abutentes, prædam tamen ſibi adquirant. ſed hoc & plura jam obſervavit Cujacius *lib.* 16. *Obſerv. c.* 13.

Sed de priore Edicti capite vel nimis. Alterum fuit conceptum in hæc verba, certe in hunc ſenſum. *Item quod metus cauſa geſtum erit, de eo, ſi quid aberit ei cui metus illatus eſſe dicetur, neque ei arbitrio Judicis reſtituetur, quanti ea res erit, intra annum quo primum experiundi poteſtas erit, in quadruplum, poſt annum in ſimplum, cauſa cognita judicium dabo. In heredem de eo quod ad eum pervenit, actionem dabo.* Hoc Caput concinnavi præſertim ex *l.* 4. *C. h. t. l.* 9. §. *ult. l.* 14. *pr.* §. 1. & §. 11. *item l.* 16. §. 2. & *l.* 19. *D. h. t.* Hæc actio ex primis Edicti verbis vocatur actio Quod metus cauſa. promittitur autem a Prætore non ſimpliciter, ſi quid metus cauſa geſtum erit; ſed ſi actori aliquid eo nomine abſit: ut apparet ex *d. l.* 14. atque inde ait Ulpianus *l.* 12. §. *ult. h. t.* naturam metus cauſa actionis damnum exigere.

Datur igitur hæc actio ei cui propter metum aliquid abeſt. an & heredibus, cæteriſque ſucceſſoribus? de his nihil Prætor. ſed Ulpianus *d. l.* 14. §. 2. ait, etiam his dari. & hanc adfert rationem: *Ideo autem ſucceſſoribus datur, quoniam & rei habet perſecutionem.* Ea vero ratio non vult, actiones mere pœnales heredibus negari: (nam aliter ſe res habet) ſed actionem Quod metus cauſa comparat cum actione injuriarum, & ſi quæ alia ſimilis reperiatur. tales non perſequuntur rem familiarem. contra unum habent propoſitum vindictæ, bonis viris odioſæ. ea igitur gratia ne heredibus quidem dantur. non ita eſt in noſtra actione. ea non pergit ad vindictam, ſed ad tuendam rem familiarem pœna quadrupli. idcirco addit *d. loco* Ulpianus, eam & rei perſecutionem habere: id eſt, eſſe quidem pœnalem, ſed etiam perſequi id quod abeſt. quod & traditum *l.* 16. §. 1. *h. t.* Datur igitur hæc actio metum paſſo. An & inferenti metum; ſi mox viciſſim ſit metum paſſus? negat Ulpianus *l.* 12. §. 1. *h. t.* idque clara ratione: quæ ratio eſt, quod cum liceat vim vi repellere; quod fecit, paſſus eſt.

Digitized by Google

Sequens locus eſt, adverſus quem detur Quod metus cauſa actio. De eo vero nihil in Edicto. non enim dixit Prætor, ſe dare actionem adverſus eum qui metum intulit: ſed dixit generaliter atque infinite, Ni reſtituatur. viſum igitur Veteribus, eſſe Prætoris ſententiam; ut detur generaliter adverſus omnem ad quem res metu extorta, vel ejus utilitas, pervenerit: licet alioquin ipſe metum non intulerit. Aliquis dicet, actionem Quod metus cauſa eſſe in perſonam: naſci enim ex illato metu, id eſt, ex maleficio. Atque id verum eſt §. 31. *Inſt. de actionib*: ſed æque verum, quod non eſt a Prætore concepta in perſonam; ut in plerisque perſonalibus actionibus evenire, Juſtinianus notat §. 1. *Inſt. de actionibus*: ſed propoſita eſt generaliter ſine deſignatione perſonæ: ideoque ab Ulpiano *l. 9. §. ult. h. t.* appellatur in rem ſcripta; & additur, quod non perſonam vim facientis coërcet: ſed adverſus omnes vult reſtitui, quod metus cauſa geſtum eſt. unde (quod idem obſervat Ulpianus *l. 14. §. 3. h. t.*) non quæritur in hac actione, utrum metum fecerit is qui convenitur, an alius. contra ſufficit, eum qui agit, docere, ſibi illatum eſſe metum, vel vim; & ex hac re eum qui convenitur, etſi crimine caret, tamen lucrum ſenſiſſe. id vero ideo, (nam hac utitur ratione quæ eſt optima) quod cum metus habeat in ſe ignorantiam: merito quis non adſtringitur, ut deſignet, quis ei metum vel vim adhibuerit. Nec eſt, cur cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia, ut mox ſubjicitur *d. §. 3. l. 14.* non ſtatim eſt quadrupli actio, ſed ſi res non reſtituatur. quod ejus arbitrii eſt. Eſt igitur hæc actio in perſonam, ſed ſimul in rem ſcripta. & verum eſt, quod in *l. 10. h. t.* ait Gajus, Si ex facto debitoris, metum adhibentis, fidejuſſores acceptilatione liberati ſunt; etiam adverſus fidejuſſores agi poſſe; ut ſe reponant in obligationem. Plane de eo dubitatum fuit a Veteribus, ſi fidejuſſor creditori vim intulit, ut accepto liberetur; utrum hæc actio tantum adverſus fidejuſſorem, an etiam in reum, competat. putabat Julianus, reum hac actione non teneri, reſtituere actionem acceptilatione ſublatam ſe inſcio: ſed ea fidejuſſorem teneri ad hoc, ut utramque actionem creditori tam contra reum, quam contra ſe, reſtituat. atque ita jus foret: ſi hæc actio a Prætore eſſet ſcripta in perſonam. nunc contra viſum eſt Marcello, & verius, hanc actionem creditori tam adverſus reum principalem, quam adverſus fidejuſſorem, competere: propterea quod eſt in rem ſcripta *d. l. 9. §. ult. h. t.* Interim placuit Paulo *l. 11. h. t.* ſi quis alius ſine malitia fidejuſſoris, ut fidejuſſori accepto fieret, vim fecit: non teneri fidejuſſorem, ut rei quoque obligationem reſtituat. Atqui etiam liberatus ea acceptilatione eſt reus. Sed hoc ad rem non pertinet: quia venit per conſequentiam. principaliter intereſt fidejuſſoris, ſe liberatum eſſe. ſed utrum reus liberetur, an non, fidejuſſoris plane non intereſt *l. 23. D. de pactis*.

Sed apparet, actionem Quod metus cauſa ſic eſſe in perſonam, ut ſimul ſit in rem ſcripta: ideoque dari non modo adverſus eum qui metum adhibuit; ſed etiam adverſus eum qui cum crimine caret, utique lucrum ſenſit. Quamquam poteſt hoc dubium accipere ex *l. 5. C. h. t.* cujus hæc ſunt verba. *Non intereſt, a quo vis adhibita ſit patri & patruo tuo, utrum ab emptore, an vero* ſciente emptore, *ab alio, ut vi metuve poſſeſſionem vendere cogerentur*. In omnibus editionibus, præterquam apud Græcos, *Baſilic. lib. 10. tit. 2. tom. 1. pag. 594*, extant verba, *Sciente emptore*. Sed nihil efficiunt: cum ignorante emptore, idem jus ſit. idque etiam Accurſius obſervat: ideoque ſuadet, ſubaudiri verbum, *maxime*. Mihi ſedet, verbis Libelli, a Rufo milite ad quem reſcriptum eſt, Imp. Gordiano oblati, propoſitum fuiſſe caſum: in quo dicebatur ab emptore ipſo, aut eo ſciente, ab alio metus illatus eſſe. quod cum facti ſit, ab eo non debere fieri argumentum, ſæpius notavi alibi.

Proximum eſt: ut oſtendam, ad quid, & ad quem modum detur actio Quod metus cauſa. Id vero intelligitur ex Prætoris verbis ſupra allatis. primum igitur promittitur a Prætore actio ad hoc, ut læſo quod ei abeſt, reſtituatur *l. 21. §. 2. h. t.* & quidem eo modo quo foret, ſi vis aut metus non interveniſſet. creditumque, convenire menti Prætoris, actorem eo nomine etiam fieri ſecurum data cautione *l. 9. §. 7. h. t.* hoc plus, eam reſtitutionem fieri non qualem qualem, ſed plenam, id eſt, cum fructibus, ut traditur in *l. 38. §. 5. & 6. D. de uſuris, & l. 12. h. t. juncta l. ult. §. 1. D. de verb. ſignif.* Datur igitur hæc actio a Prætore, ut quod abeſt reſtituatur: ſin minus, in quadruplum intra annum. Porro quærentibus, quomodo accipiatur quadruplum: ait Ulpianus §. 1. *l. 14. h. t.* quadruplari omne quodcumque reſtitui oportet. idque in §. 7. *d. l.* ſic explicat. *Quadruplatur id, quanti ea res erit: id eſt, cum fructibus & omni cauſa.* Summa eſt: ut quadrupletur ſolum quod intereſt *d. l. 14. §. 14.* id eſt, quod abeſt, ſive damnum *l. 12. §. ult. & l. 14. h. t.* proinde ſi quis tradidit poſſeſſionem fundi non ſui: is non quanti fundus, id eſt, proprietas fundi, ſed quanti poſſeſſio eſt, ejus quadruplum, vel ſimplum cum fructibus conſequetur. æſtimatur enim quod reſtitui oportet, id eſt, quod abeſt. abeſt autem nuda poſſeſſio cum fructibus. Fingamus igitur, nihil abeſſe. ait Ulpianus *d. l. 12. §. ult. & l. 14.* ceſſare Edictum: nec opus exemplis; cum attulerit pulchra, & ultro clara. Datur igitur hæc actio in quadruplum. Hoc vero utrum totum pœna eſt, ut in furto manifeſto; an in

eo

eo ineſt ſimplum; ut pœna tripli ſit? Poſterius mavult Ulpianus in *d. l.* 14. §. 9. *&* 10. Eoque opinor, non ſine ratione dici, ſi in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra *l.* 9. §. 6. *h. t.* At actio Quod metus cauſa cum actione furti comparatur §. 25. *&* 27. *Inſt. de action.* Novi: ſed comparatio omnis eſt modeſte ac ſobrie accipienda. ubi enim valet per omnia? quin plerumque fit ſecundum quid. ſit igitur ſimilitudo; quod utraque actio perſequitur quadruplum. at quærentibus, quo uſque, aut quo modo, in utraque petatur quadruplum, pure, an mixtim: id aliunde petendum eſt; cum non tractetur in *d.* §. 25. *&* 27. A ſuperiore quæſtione etiam pendet ſequens, quid juris ſit: ſi plures metum intulerint; & unus conventus aut rem reſtituerit, aut quadruplum ſolverit? Sed jam expedita illa ex ſuperioribus in *l.* 14. §. *ult. & ſeqq. legg. h. t.*

Datur igitur hæc actio in quadruplum: non ſimpliciter; ſed ſi, quod abeſt, arbitrio Judicis non reſtituatur. ſic vero apparet, clementer cum reo egiſſe Prætorem: nam volenti pœnam evitare dediſſe reſtituendi facultatem *d. l.* 14. §. 1. Sic eſt: hæc actio, cum ſit arbitraria, reo permittit licentiam, uſque ad ſententiam ab arbitro dictam, ſecundum quod ſupra diximus, facere reſtitutionem. quod ſi non fecerit: jure meritoque quadrupli condemnationem patietur *d. l.* 14. §. 4. Plane evenit aliquando: ut, ſi non reſtituat is cum quo agitur, arbitrium adferat abſolutionem. exemplum §. 5. *d. l.* 14. ſi Titius adhibuit metum, me non conſcio; res autem ad me pervenit; & hæc in rebus humanis non eſt ſine dolo malo meo. quid enim poteſt imputari mihi? utrum quod eſt metus illatus tibi? atqui non fui ejus particeps. an quod res per metum extorta, tibi non reſtituitur? verum neque habeo eam quæ non eſt in rebus humanis; neque feci dolo aut culpa, ne habeam. convenit igitur officio viri boni; ut me officio ſuo abſolvat ab eo quod mihi impoſſibile eſt ſine vitio meo. Idem eſt, ſi ſervus in fuga ſit; & cavero officio Judicis, me ſi in meam poteſtatem pervenerit, reſtituturum. Sic in eo qui in bona fide eſt. nam in eo qui vim intulit, non eſt ita. *l.* 1. *C. h. t.* Pedius ſane apud Ulpianum *d.* §. 5. *l.* 14. ſcribit, arbitrium Judicis in reſtituenda re tale eſſe: ut eum quidem qui vim admiſit, jubeat reſtituere, etiamſi res ad alium pervenit: eum autem ad quem pervenit, etiamſi alius metum fecit: nam in alterius præmium verti alienum metum non oportere. Sed quid, ſi homo, id eſt, ſervus, ſine dolo malo & culpa ejus qui vim intulit, & condemnatus eſt, periit? Hæc quæſtio proponitur §. 11. *d. l.* 14. ait autem Ulpianus, Si is homo moriatur intra tempora actionis judicati; id eſt, intra tempus quod judicatis ex lege indulgetur humanitatis cauſa: in hoc caſu ideo relaxabitur a rei condemnatione, quia propter facinus, id eſt, propter illatum metum, cogitur ſatisfacere tripli pœna. a ſimplo igitur, id eſt, a rei vindicatione excuſatur humanitate legis; volentis, interim omnes ceſſare juris effectus, adeoque etiam moræ interpretationem: nulla jam mora propter ſatisfactionem pœnæ tripli. Sic: ſi mortuus ſit homo. at ſi in fuga eſſe dicitur, ait Ulpianus, extorquendam a reo eſſe cautionem, quatenus eum perſequatur, & omnimodo eum reſtituat: & nihilominus in rem, vel ad exhibendum, vel ſi quæ alia ei competat actio ad eum recipiendum, integra ei qui vim paſſus eſt, ſervabitur: ita ut ſi dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex ſtipulatione conveniatur, exceptione tutus fiat. Hæc poſt condemnationem Ulpianus. ſi autem ante ſententiam homo ſine dolo malo & culpa mortuus fuerit: tenebitur, inquit; & hoc fit his Edicti verbis, *Neque ea res arbitrio Judicis reſtituetur.* Hiſce poſitis mox ſic infert: Ergo ſi in fuga ſit ſervus ſine dolo malo & culpa ejus cum quo agitur: cavendum eſſe per Judicem, ut eum ſervum perſecutus reddat. Et porro ſubjicit: *Sed & ſi non culpa ab eo cum quo agitur, aberit, ſi tamen peritura res non fuit, ſi metum non adhibuiſſet: tenebitur reus.* Sic recte habent omnes libri: niſi quod in quibuſdam eſt, *obierit:* quomodo etiam legerunt Græci: ut dudum obſervavit Johannes Leunclavius *lib.* 2. *Notator. c.* 17. Id fuit ideo monendum: quia ſic poſſumus carere emendatione Jacobi Cujacii ad *h. l.* ſcribentis, *Sed & ſi culpa.* Senſus: Sed & ſi *aberit* ab eo cum quo agetur, *non culpa*, id eſt, ſine culpa ejus; tenebitur: utique ſi res non fuiſſet peritura, ſi metum non adhibuiſſet: pone: quod dominus eam diſtraxiſſet, & pretium lucratus eſſet: ut in ſequentibus ab Ulpiano dicitur. Idem Ulpianus ait, hæc obſervari in noſtra actione, ſicut in interdicto Unde vi, vel Quod vi aut clam. & recte: ut facile poteſt illa ſimilitudo colligi ex *l.* 1. §. 41. *D. de vi & vi armat. & l.* 15. §. 7. *D. Quod vi aut clam.* Sed de his uberius V. CL. M. Lycklama *lib.* 7. *Membran. Eclog.* 1.

Dat igitur Prætor actionem Quod metus cauſa in quadruplum intra annum; poſt annum in ſimplum. quamquam non ſemper, ſed cauſa cognita *l.* 14. §. 1. *h. t.* quid autem verſetur in cauſæ cognitione, tradit Ulpianus *d. l.* 14. §. 2. Annus porro intelligendus eſt utilis *d.* §. 2. ut paſſim, & hic obſervat Antonius Goveanus *lib.* 1. *Var. lect. c.* 10.

Poſtremo pollicetur Prætor hanc actionem in heredem & cæteros in id quod ad eos pervenit. atque, ut Ulpianus *l.* 16. §. 2. *h. t.* putat, non immerito. movet illum: quod licet pœna non tranſeat ad heredem: attamen quod eſt turpiter aut ſcelere quæſitum, non debet ad heredis compendium pertinere. ſenſus Ulpiani eſt: quod ut heres non debet pœnam ſubire ex ſcelere,

lere quod non ipſe, ſed defunctus admiſit: ita non debet facere lucrum ex ſcelere, quod etſi non ipſe, tamen defunctus admiſit. & additur ab Ulpiano, ita reſcriptum eſſe. cæterum ait Gajus *l. 19. h. t.* quod Proconſul in heredem eatenus pollicetur actionem, quatenus ad eum pervenit, intelligendum eſſe, ad perpetuo dandam actionem pertinere. Illud quæſitum eſt, *Perveniſſe* quomodo accipiendum ſit. & quidem videtur perveniſſe ad heredem id, quo ad eum locupletior venit hereditas. ſed finge, eum, quod pervenit, conſumpſiſſe. quid dicemus, jam deſinere eo nomine teneri; an ſufficere, ſemel perveniſſe? Hoc placet Paulo *l. 17. h. t.* & optime: quia quo momento pervenit, nata eſt actio, & perpetua *d. l. 19.* quæ non tollitur conſumptione rei, ſed demum modis ad tollendam actionem comparatis: inter quos non eſt conſumptio. Eodem modo ſi heres mortuus ſit, conſumpto eo quod ad eum pervenit ex vi aut metu alii illato a defuncto, nec interim ad ſecundum heredem pervenerit aliquid, ait Paulus *d. l. 17.* etiam eum heredem teneri. ſufficere enim, ſemel perveniſſe ad priorem heredem: nam actionem adverſus eum natam propter id quod ad eum ſemel pervenit, factam eſſe hereditariam; ideoque tamquam jam perpetuam, recte ad ejus heredem tranſire. Sic, ſi conſumpſerit heres quod pervenit. quid, ſi naturaliter interierit? idem dicendum: propter *l. 127. D. de reg. jur.* Nec obſtat *l. 18. h. t.* Non eſt enim accipienda de herede ejus qui vim aut metum intulerit: (nam is defunctum repræſentat: adverſus quem integra fuit perſecutio eorum quæ vi aut furto ſint ablatæ, etiamſi poſtea interciderint *l. 1. C. h. t.*) ſed de bonæ fidei poſſeſſore ad quem res per metum ablata pervenerit; ſi apud eum naturaliter deſierit: ut in anterioribus dixi ex *l. 14. §. 5. h. t.*

Satis de actione Quod metus cauſa. Niſi addendum: quod cum ea etiam alia concurrunt judicia: in quibus actio de dolo *l. 14. §. 13. h. t.* Præterea interdictum Unde vi, & Quod vi aut clam *l. 9. d. t.* item Conſtitutio Divi Marci *l. 13. eod. tit.* An & furti actio? negat Ulpianus *d. l. 14. §. 12.*

TITULUS III.

De dolo malo.

SECUNDA cauſa petendæ in integrum reſtitutionis eſt calliditas. ſic obſervat Ulpianus in *l. 1. D. de in integr. reſtit.* eam cauſam præſens Titulus vocat dolum malum. eſt vero vel hæc ſummæ æquitatis: & tamen de ea ſero propoſitum a Prætore fuit Edictum. niſi enim nos fallit Cicero *lib. 3. De officiis, & lib. 3. De natura Deorum*, auctor hujus Edicti fuit ejus familiaris & collega, C. Aquilius Gallus: nam hunc protuliſſe judicium de dolo malo, ſive de dolo malo formulas, id eſt, actionem & exceptionem doli mali, memoriæ prodidit. quin ait, ante hunc Prætorem vix fuiſſe, ut dolus malus jure civili vindicaretur: excepto eo qui in tutela eſſet a tutore admiſſus: nam adverſus hunc Lege Duodecim Tabularum eſſe cautum accuſatione ſuſpecti tutoris. refert tamen, minorum quoque circumſcriptionem Lege Lætoria coërceri judicio publico. præterea ſine Lege corrigi dolum judiciis, in quibus agitur ex fide bona, aut ſimili formula. in cæteris cauſis quæ erant ſtricti juris ſi admiſſus eſſe diceretur dolus malus, is negligebatur jure civili, niſi is qui læſus eſſet, dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, ſtipulatus eſſet. ſic enim habebat actionem ex ſtipulatu ad id quod ejus intereſſet, dolum malum non interveniſſe. Optimo igitur jure viſa eſt Ulpiano *l. 1. h. t.* laudanda Prætoris humanitas: Edicto adverſus varios & doloſos qui aliis offuerunt calliditate quadam ſubvenientis: ne vel illis malitia ſua ſit lucroſa, vel iſtis ſimplicitas damnoſa. Sed hæc cæteraque ad intellectum hujus Edicti pertinentia, nuper ex profeſſo tractavi ſingulari libro *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admiſſi:* ideoque nunc contentus ero, indicaſſe locum, unde peti interpretatio poſſit.

TITULUS IV.

De minoribus.

SEQUITUR tertia cauſa petendæ in integrum reſtitutionis, ætas: de qua ſic Prætor. *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu geſtum eſſe dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc verba exhibet Ulpianus *l. 1. §. 1. h. t.* Prætor tamen & de tempore petendæ in integrum reſtitutionis edixit. id tempus fuit annus utilis, numerandus ex quo major factus ſit: ut docet Juſtinianus *l. ult. C. de tempor. in integr. reſt.* Hoc Edictum. Quæ ratio? accipe ab Ulpiano *l. 1. h. t.* verba. *Hoc Edictum Prætor naturalem æquitatem ſecutus propoſuit: quo tutelam minorum ſuſcepit. nam cum inter omnes conſtet, fragile eſſe & infirmum hujuſmodi ætatium conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum: auxilium eis Prætor hoc Edicto propoſuit, & adverſus captiones opitulationem.* Ulpianus

cum

cum ait, Prætorem in hoc Edicto eſſe ſequutum æquitatem naturalem: ſine dubio intelligit eam quæ excedit modum Legis Lætoriæ: (teſte Cicerone, *De Offic. lib.* 3.) ſuccurrentis minoribus circumſcriptis: cum Prætor ſuccurrat lapſis fragilitate conſilii. recte igitur Ulpianus hanc æquitatem non civilem, ſed naturalem, vocat: quod ſimilibus exemplis illuſtravi, *lib. Ad Edictum de pact. & transact. c. 1. ad fin.*

Ait igitur Prætor, *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu geſtum erit.* Et apparet, eum polliceri opem minoribus viginti quinque annis; non majoribus: atque, ut Ulpiano videtur *d. l.* 1. §. 2. optima ratione. ea ratio eſt, *quod poſt hoc tempus compleri virilem vigorem conſtat.* Ita judicavit Lex Lætoria (quod dudum animadvertit Briſſonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 2.) ejuſque Legis exemplum arripuit Prætor. Sed in primis notandum: quod in §. 3. *d. l.* 1. mox ſubjicit Ulpianus, *Et ideo hodie in hanc uſque ætatem adoleſcentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei ſuæ adminiſtratio eis committi debebit, quamvis bene rem ſuam gerentibus.* Id ut intelligatur: ſciendum eſt, quod Lex Duodecim Tabularum cum infirmæ ætati proſpexit; tantum pupillis dedit tutores. hiſque pubertas adferebat finem. inde pupilli dicebantur venire in ſuam tutelam: nec eis dabatur curator, etſi minoribus. quod ne opus quidem putabatur, ob paupertatem ſeculi: quo integri erant adoleſcentium mores, & honeſta habebatur parcimonia. poſtea creſcentibus publicis privatiſque opibus, invaluit luxuria; periere mores boni. ea propter (quod res ſuadebat) reſtituendæ diſciplinæ lata eſt Lex Lætoria: quæ præcepit, curatores dari adoleſcentibus laſcivis, aut dementibus. inde ſi quis a Prætore poſtularet, alicui dari curatorem: is debebat ejus laſciviam aut dementiam probare. alioquin Lex non ſinebat dari curatorem. id jus perduravit uſque ad D. Marcum: qui primus cavit, ut deinceps omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſis. teſtis Capitolinus, in *vita Marci Antonini c.* x, his verbis. *De curatoribus vero, cum ante non niſi ex Lege Lætoria vel propter laſciviam vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſis.* Unde apparet, *Hodie* apud Ulpianum *d.* §. 3. (nam huc redeo) ſonare, *Hodie* poſt Divum Marcum: & eſſe ſenſum: quia D. Marci Conſtitutione omnibus adultis dantur curatores: ideo eos hodie uſque ad legitimam ætatem regi curatorum auxilio; nec his ante liberari, quamvis rem ſuam bene gerant. Illud quæritur in *l.* 2. *h. t.* an non per liberos ſuos rem ſuam maturius a curatoribus recipiant: eo quod Legibus (id eſt, Lege Julia & Papia, quam indicat loci Inſcriptio) cavetur; ut ſinguli anni per ſingulos liberos remittantur. Sed negat Ulpianus: cauſatus, *Quod Legibus cavetur*, ut ſinguli anni per ſingulos liberos remittantur, *ad honores pertinere, Divus Severus ait, non ad rem ſuam recipiendam.* Hoc igitur quia in honoribus ſingulari jure placuit ex interpretatione D. Severi: ait Ulpianus, in propoſito ad conſequentias trahendum non eſſe.

Sit ita, dicat aliquis, quamdiu non intervenit aliquod Conſulum, Præſidumve, decretum, minori ætatis veniam indulgentium. at quid, ſi hoc intervenit? nil mutat Ulpianus *l.* 3. *h. t.* imo ait, Severum & Antoninum id jus ſibi reſervaſſe, ipſoſque minoribus perraro rerum ſuarum adminiſtrationem extra ordinem indulſiſſe: & hujuſmodi Conſulum decreta eſſe quaſi ambitioſa interpretatos: hoc eſt, ut Ræevardus *lib.* 5. *Var. c.* 6. explicat, contra jus & æquum in alicujus favorem interpoſita. Fornerius *lib.* 1. *Select. c.* 17. ait, gratioſa, quæ cauſa vacant & colore quæſito ſunt conflata. Ut ut erit: non poteſt Magiſtratus, Conſul, verbi gratia, quia legibus ſervire eum oportet, minoribus dare veniam ætatis. ſoli id jus eſt Principi, legibus ſoluto. is quoque hanc non aliis dat, utique poſt formam a Conſtantino poſitam *l.* 2. *pr. &* §. 1. *C. de his qui ven. ætat.* quam maſculis viceſimum, fœminis octavum & decimum, annum egreſſis; ac ne tum quidem, niſi probaverint ſe aptos & frugi maſculi præſentes, fœminæ per procuratorem. Eſt porro effectus impetratæ ætatis veniæ: ut minor deinde pro majore habeatur: & a curatore ſua bona recipiat. Huc it Paulus *l.* 21. *D. de verb. ſign.* quæ eſt ex libro ejus XI. Ad Edictum, in quo occaſione hujus Edicti, etiam egit de venia ætatis, minori a Principe concedi ſolita. verba Pauli: *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere.* Paulus (ut oſtendi *lib. De pactis & tranſact. c.* 20.) vult, quod Princeps, conceſſa ætatis venia, minori concedit bona, id eſt, jus bona ſua adminiſtrandi; nec minus obligationes, id eſt, jus ſe obligandi. Sic fuit uſque ad Conſtantinum. is in *d. l.* 2. §. 1. hoc mutavit in fœminis: jubens, eas habere jus omne quod habent mares; modo ne prædia alienent ſine decreto. Juſtinianus *l.* 3. *C. de his qui ven. ætat.* hoc amplius ſtatuit de hypotheca: & quod ille in fœminis, ipſe in maribus quoque, obſervari juſſit. Eſt igitur jus impetratæ ætatis veniæ; ut minores pro majoribus habeantur; eoque careant in integrum reſtitutione: ne quis principali auctoritate circumſcriptus intelligatur *l.* 1. *C. d. t.*

Sed apparet, Prætorem ſubvenire minori viginti quinque annis. Reſtat, unde eum æſtimemus: utrum ex negotii fine, an ex initio. Ulpianus *l.* 3. §. 1. & 2. *h. t.* eam quæſtionem exequitur tribus exemplis: quæ, ut merentur, ordine explicabo. Primum tale eſt: Minor vendidit. major implevit venditionem. ſentit, ſe læſum. an poteſt reſtitui? quæſtio in eo vertitur, utrum initium ſpectemus, an finem? hoc mavult Ulpianus *d.* §. 1: præ-

P fa-

ſatus, quod major implendo contractum eum approbavit: & eſt conſtitutum, ſi minor contrahit, major ratum habet: perinde eſſe, ac ſi major contraxiſſet; eoque ceſſare Edictum. Inde quæſitum fuit, (quod eſt ſecundum exemplum *d.* §. 1.) ſi minor annis viginti quinque, forte agens annos viginti quatuor, judicium tutelæ heredi tutoris dictaverit; iſque abſolutus ſit, illo effecto jam majore viginti quinque annis: an ei ſit in integrum reſtitutio adverſus rem judicatam? ait Ulpianus, Celſum a Flavio Reſpecto Prætore conſultum, exiſtimaſſe, non facile in integrum reſtitui, id eſt, non oportere in integrum reſtitui, hunc quondam minorem, cum lis inchoaretur conteſtatione: ſi non æque fuit minor, cum lis ſententia finiretur. opinor; quia reſtitutio minori non datur, niſi læſo. fuit autem læſus; non cum dictaret judicium, ſed cum acciperet ſententiam. tum vero erat major: cui Prætor adverſus rem judicatam non concedit in integrum reſtitutionem: etſi minori læſo adverſus eam non deneget. Utrumque clare Alexander, ſi prudenter accipiatur *l.* 1. *C. Si adverſus rem judic.* in qua Antonius Faber, *Rationalib. ad d. l.* 3. §. 1. pro, *tempore judicii*, legit, *tempore judicati*: nulla neceſſitate. nam *tempus judicii* eſſe, *tempus ſententiæ*, ex ſequentibus ejuſdem loci intelligitur: & *judicium* aliquando pro ſententia dici, compluribus exemplis oſtendi, *De fænor. & uſur. lib.* 3. *c.* 15. Eſt autem hoc in primis verum: ſi judicium moram acceperit nullo adverſarii dolo. is ſi intervenerit; ſcribit Ulpianus. *Celſus igitur Reſpecto ſuaſit, non facile hunc quondam minorem in integrum reſtitui: ſed ſi ei probaretur, calliditate adverſarii id actum, ut majore eo facto liberaretur. neque enim extremo (inquit) judicii die videtur ſolum deceptus hic minor, ſed totum obſtructum: ut majore eo facto liberaretur.* Obſcura ſunt Ulpiani verba, Goveanus etiam corrupta putat, *lib.* 1. *Var. lect. c.* 12. Primum ait, Ulpianum *Sed ſi* dixiſſe pro *Niſi.* Ego malim eſſe orationem, membro defectam, Anantapodoton appellant. non laudo. interim apud Veteres aliquando occurrit. ipſe duo annotavi exempla, *lib. De pact. & tranſact. c.* 22. plura dedere ibi adducti a me Gulielmus Budæus, & Franciſcus Duarenus, viri eruditiſſimi. Deinde legit Goveanus, *Sed toto hoc ſtructum*: idque exponit, Toto judicio id actum & cogitatum. Sed ego Goveani emendatione non utor: ſatis juſto ſenſu receptæ lectionis; *Neque enim extremo (inquit) judicii die videtur ſolum deceptus hic minor: ſed totum obſtructum* [judicium], *ut majore eo facto liberaretur.* Judicium obſtructum Ulpiano eſt clauſum, impeditum, ut in hoc Juſtini *lib.* 24. *c.* 7. *Forſitan & auxilia acceſſura, & vias quæ tunc pateant, obſtructum iri.* Nec alio ſenſu Ovidius *lib.* 8. *Metamorph. fab.* 1.

- - - Obſtruximus orbem
Terrarum nobis, ut Crete ſola pateret.

Eodem modo Tertullianus *Apologetico c.* 4. *Legum*, inquit, *obſtruitur auctoritas.* Et *c.* 1. ibidem, *Obſtruit defenſioni.* Non minus obſcurum eſt exemplum tertium, ipſum in §. 2. *d. l.* 3. hunc in modum propoſitum. Minor annis viginti quinque miſcuerat ſe paternæ hereditati; majorque factus aliquid exegerat a debitoribus paternis. mox petebat reſtitui in integrum, quo magis abſtineret paterna hereditate. contra dicebatur ei, quaſi major factus comprobaſſet quod minori ſibi placuit. Quid Ulpianus? putavimus tamen, inquit, reſtituendum in integrum, inſpecto initio. Atqui oportet inſpici finem. nam minor, ſi ſe immiſcuit patris hereditati, & major factus aliquid exigit a paternis debitoribus, (quod non poteſt facere citra nomen & jus heredis) æque vult heres patris haberi ejus debiti exactione, atque id minor voluit immixtione. quod ſi eſt: quid ni videtur jam major, debitum hereditarium exigens, immixtionem quam minor fecit, approbare? certe qua fronte poteſt Ulpianus jam majori indulgere reſtitutionem, inſpecto initio: cum oporteat eam negari, inſpecto fine? Induxi tenebras. porro lucem faciam. ſic vero una erit deliberatio: an potuerit a majore effecto hereditarium debitum alio exigi conſilio, quam retinendæ hereditatis a minore immixtione adquiſitæ. Et puto, potuiſſe. quid enim, ſi deliberanti de petenda in integrum reſtitutione ob ætatem aliquis fuerit metus; ne quid de hereditate decedat, ceſſante adminiſtratione; idque ejus negligentiæ imputetur? potuiſſe hoc metui, non eſt quod negetur. proinde quod potuit fieri, id factum eſſe, humaniſſime exiſtimavit Ulpianus. & ipſe probo: ratus, in dubiis benigniorem ſequi ſententiam, non minus juſtius eſſe, quam tutius *l.* 56. & *l.* 192. §. 1. *D. de regul. juris.* Expoſui *d. l.* 3. §. 1. & 2.

Sequitur in §. 3. alia dubitatio, utrum minor ſit, an major. Nimirum aliquis petit, ſe reſtitui: quia dicit, ſe læſum eſſe lubrico minoris ætatis. adverſarius negat, eſſe minorem: quod dicit, jam cœpiſſe poſtremum diem anni vigeſimi quinti. utrum placet, majorem eſſe ob inchoatum diem ultimum: an minorem ob nondum finitum? hoc viſum Ulpiano: cauſanti, tempus numerari a momento in momentum: id eſt, (ut Goveanus *lib.* 1. *Var. lect. c.* x. interpretatur) ab hora ad horam. Jus certum. ratio quæritur: præſertim, quia aliter obſervatur in *l.* 6. *D. de uſurp. & uſucap.* quam ad hoc Edictum pertinere, bene animadvertit Jacobus Labittus, *Primo Indic. uſu*: cum ſit ex Ulpiani lib. XI. Ad Edictum. Sed neſcio, an interſit: utrum quod civiliter æſtimetur, an naturaliter. hoc fit in propoſito Edicto: in quo Prætorem ſequi naturalem æquitatem, Ulpianus docuit *l.* 1. *h. t.* illud fit in uſucapione: quam a Jure

Civili,

Civili, id eſt, Lege Duodecim Tabularum formam accepiſſe, Juſtinianus auctor eſt *pr. Inſt. de uſucapion.* Idemque *l.* 5. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* obſervatur in teſtamento: cujus forma ſimiliter a Lege Duodecim Tabularum, id eſt, a Jure Civili proficiſcitur.

Revertamur ad Ulpianum *d. l.* 3. §. 3. eſt ibi in *verſic. Proinde* caſus alius non minus dignus notatu. Proponitur aliquis natus die biſſexto: id eſt, die intercalari: ſed poſteriore: dies ille vocatur biſſextus; quia ubi intercalabatur dies, quod fit quarto quoquo anno, in faſtis bis ponitur ſextus Kalend. Martii: qua de re Iſidorus *lib.* 6. *Origin. c.* 17. *p.* 967. Cenſorinus *De die natali c.* 20. & Macrobius *lib.* 1. *Saturn. c.* 12. Natus igitur quis eſt die biſſexto, ſed poſteriore. deinde anno ætatis ſuæ vigeſimo quinto ipſo natali die, id eſt, ſexto Kalendas Martii, eadem hora qua natus, aliquid cum eo eſt geſtum. læſus petit reſtitui. an poteſt? quæſtio eſt; an, quia eſt natus intercalari die, ſit tranſeundum ad ſequentem diem? ſed ait Ulpianus, (quod & confirmatur *l.* 98. *D. de verb. ſign.*) utrumque diem biſſextum pro uno die haberi: adeo nihil referre; utrum ſit priore die, an poſteriore, natus; nec fieri tranſitum ad ſequentem.

Incurrit hic & alia quæſtio, utrum ſolis patribusfamiliarum, an etiam filiisfamiliarum ſuccurri debeat? hanc quæſtionem multis tractat Ulpianus in *d. l.* 3. §. 4. *& ſeqq.* ego paucis agam. Si Edicti verba conſideremus: late patent. verum movet dubitationem: quod ſi quis dixerit, etiam filiofamilias in re peculiari ſubveniendum: poſſit metus eſſe, ne per eum etiam majori ſubveniatur, id eſt, patri ejus: idcirco quod contrahens cum filiofamilias, duos habet obligatos: id eſt, patrem de peculio jure Prætorio, & filiumfamilias jure civili in ſolidum. jam ſi filiusfamilias obligatione liberatur; tam videtur pater liberari, quam filius *l.* 43. *D. de ſolution.* quod nequaquam fuit Prætori propoſitum. Prætor enim minoribus auxilium promiſit, non majoribus. Tenes dubitationem. Quid Ulpianus? putat, patrem quidem, ſi conveniatur ex contractu filii, non reſtitui: ſed filiumfamilias, ſi ipſe conveniatur, reſtitui ex his cauſis, ex quibus ipſius intereſt: cæterum filii reſtitutionem non prodeſſe patri; ideoque eum poſſe nihilominus conveniri. Non obſtat *d. l.* 43. quia loquitur de veris liberationibus quæ fiunt jure Civili: quales non ſunt quæ jure Prætorio fiunt *l ult. D. de duob. reis.* Hæc tamen fallunt *l.* 1. *&* 2. *C. de filiof. minor.* Dixi de filiofamilias minore.

Porro de ſervo videndum: nam & de eo, ſi minor geſſerit aliquid, quæri poſſit: quia nec hunc excipit Prætor. Sed verius eſt, ad ſervum non pertinere in integrum reſtitutionem. nam Prætor auxilium minori promittens, ipſum ſpectat; non alium per quem minor ad negotium acceſſit. porro ſervi reſtitutio non prodeſt ſervo: (quid enim proprium habet ſervus?) ſed prodeſt domino: cui ſervus adquirit. is vero ſi major eſt: imputet ſibi, quod minorem adhibuit, & per eum læſus eſt. quod ſi tamen ſervus minor ipſe læſus ſit: dicemus, vel ipſi eſſe ſuccurrendum *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *h. t.* lato Prætoris ſermone, & certa paritate rationis.

Non igitur refert, qualis ſit minor, qui læſus poſtulet reſtitui. Quid, ſi intervenerit ejus tutor aut curator? Scio: non ait Prætor, quod cum tutore aut curatore geſtum erit: ſed quod cum minore geſtum erit. Quid tamen refert, utrum ſit aliquid cum minore geſtum imprudenter, an cum ejus tutore aut curatore: certa Prætoris ratione; ne minor per cauſam ætatis lædatur. Accedit, quod non perdendi, ſed juvandi, minoris cauſa tutor & curator comparatur. proinde ſi in integrum reſtitutio petatur, quod ab iis læſa eſſe dicitur res minoris, etſi nullo dolo: non debet reſtitutionem impedire, quod errarunt illi qui ejus bono dati erant. Sed præclare Modeſtinus, Nulla, inſit, juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem *l.* 25. *D. de legibus.* Igitur & hic convenit Edicti ſententiæ, minorem reſtitui, etſi verba non patiantur. *l.* 2. *&* 3. *C. Si tut. vel cur. interv. l.* 29. *l.* 47. *l.* 49. *h. t.* Sic: ſi creditor ſit ſecutus perſonam pupilli aut minoris. nam ſi curatorum perſonam ſecutus, cum ipſis contractum habuit, & ab ipſis ſtipulatus eſt, nulla opus eſt reſtitutione, quia adverſus minorem nullam habet actionem *l.* 4. *C. d. t. Si tut. vel cur. interv.*

Finiam hanc partem; ſi addidero, quod reſpublica quoque ſolet pro minore haberi, & læſa in integrum reſtitui, exemplo minoris *l.* 4. *C. Ex quib. cauſ. major. l.* 3. *C. de jur. reipubl. lib.* XI. *tit.* 29.

Hactenus oſtendi, quis ſit minor cui a Prætore indulgetur in integrum reſtitutio. Sequens diſputatio oſtendet, hanc demum dari docenti, ſe lubrico ætatis & fragilitate conſilii eſſe circumventum: eo quod aliquid ſit cum eo geſtum. ſic enim ſonant Edicti verba. *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu geſtum eſſe dicetur:* & additur, *Uti quæque res erit, animadvertam.* Ulpianus porro *l.* 19. *D. de verb. ſignif.* ait, *Geſtum* a Labeone quidem definiri rem ſine verbis geſtam: cæterum putat, in propoſito latius patere ex mente Prætoris. ab eaque cauſa in *l.* 7. *h. t.* (quam cum *d. l.* 19. optime conjunxit Labittus, *Primo Indic. uſu:* cum utraque ſit ex lib. XI. Ad Edictum) Geſtum, inquit, ſic accipimus, qualiter qualiter: pari ratione, ſive lædatur minor ſecundum verbi proprietatem, ſive præter eam. ſed primum ait Ulpianus *d. l.* 7.

Geſti appellatione contineri *contractum.* quia procul dubio aliquid illo geritur cum minore: & ſunt in §. 1. exempla: ſi emit, ſi vendidit, ſi ſocietatem coiit, ſi mutuam pecuniam accepit, & captus eſt. idem de interventionibus dicitur ibidem §. 3. & de judiciis §. 4. quibus quaſi contrahitur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio*; & in dote *l.* 9. §. 1. Illud obſcurius: quod Ulpianus, *d. l.* 7. addit, Geſtum videri, ſive contractum, ſit, *ſive quid aliud contigit*: id eſt, quid aliud, præter contractum. Eſt vero tale; ſi ipſe quid egit minor, quo noceret ſibi. Fac, per luxuriam perdidit pecuniam quam ex debitoris ſolutione accepit ſine curatoris conſenſu. Erat dubitatio propter Edicti verba, *Quod cum minore geſtum erit*: quibus non convenit præſens caſus: in quo nihil eſt geſtum cum minore; etſi pecuniæ perditione aliquid eſt a minore geſtum. Placuit tamen, vel in hac ſpecie Prætoris mentem verborum ſubtilitati præferre; & minori, ſi pecuniam, ei a debitore ſine curatoris conſenſu ſolutam, malo more perdidit, perinde ſubvenire; ac ſi aliquid cum eo geſtum eſſet. ſic ad rem curioſe Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. *h. t.* Ab eodem fonte eſt: quod in integrum reſtitutione adjuvatur minor; ſi temere ſe immiſcuerit hereditati patris damnoſæ, aut extranei hereditatem damnoſam adierit *l.* 57. §. 2. *D. de adq. hered.* etſi nec hic ſit quidquam cum minore geſtum: ſed ab illo aliquid. in ſumma enim quid intereſt? Idem putemus: ſi aut legatum repudiavit, aut hereditatem. eſt enim & hic aliquid ab illo, nihil cum illo, geſtum. tamen ſubveniendum eſt *l.* 7. §. 7. *h. t.* De delictis videamus: an vel illa ſub geſto contineantur? prima inſpectio eſt, quid juris ſit; ſi minor ex delicto actor ſit, & quid omiſerit? placet autem, quod Tryphoninus *l.* 37. *h. t.* ſcribit, auxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum paratum non eſſe; ideoque injuriarum judicium ſemel omiſſum, repeti non poſſe. & eſt optima ratio: quod injuriarum judicium tantum pergit ad ultionem: cum Prætor non ad hanc intendat; ſed ad conſervationem patrimonii, juvenili facilitate perituri. altera inſpectio eſt: ſi ipſe deliquerit minor. ait vero Ulpianus *l.* 9. §. 1. *h. t.* minori in delictis non ſuccurri. Tryphoninus *d. l.* 37. ait, ne mereri quidem, utique in atrocioribus. qua ratione? nimirum, quia malorum mores infirmitas animi non excuſat *l.* 1. *C. Si adverſ. delict.* quid, ſi delictum non ex animo, ſed extra venit? noxia non committitur, etſi pœnæ cauſa pecuniæ damnum irrogatur *d. l.* 1. Ex animo venit dolus, furtum, adulterium *d. l.* 9. §. 1. & *d. l.* 37. §. 1. injuria, ſeu contumelia: quam Ulpianus *d. l.* 9. §. 2. dixit *damnum injuria*, paulo inſolentius. Extra venit quod magis ex imprudentia, quam ex malis moribus, id eſt, propoſito & voluntate delinquendi, proficiſcitur. pone: mater minor liberis impuberibus (ex præſcripto D. Severi quod eſt in *l.* 2. §. 2. *D. Qui pet. tut.*) non petiit tutores. licet conſtet, in delictis neminem ætate excuſari: matri tamen quæ filiis tutorem non petiit, lubrico ætatis lapſa, eorum ſucceſſionem minime denegari convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat *l.* 2. *C. Si adverſ. delict.* Oportet igitur (nam eo redeo) aliquid cum minore, vel a minore, eſſe geſtum; ut ex hoc Edicto reſtituatur. quod ſi læſus ab aliquo ſit minor, cum ipſe nihil geſſit; ceſſant Prætoris partes. ſed quod non poteſt Prætor; reducet in priſtinum ſtatum Princeps. exemplum *l.* 11. §. 2. *h. t.*

Tempus eſt, ut de ipſa in integrum reſtitutione, ejuſque forma, & quæ ei conſequentia ſunt, tractemus. Huc ſpectant ſequentia Edicti verba: *Uti quæque res erit, animadvertam.* Obſcura ſunt hæc verba. ſed dicam, quid mihi ſuccurrat. *Animadvertere* eſt, animum ad rem vertere, id eſt, rem animo cognoſcere. ea porro cognitio, ſive animadverſio, quia non alia cauſa fit a Prætore, quam ut decernat; an miramur, animadverſionem hic pro mixto imperio, ſeu toto juriſdicundi officio, accipi a Prætore. fit hoc in Edicto De aleatoribus, & Edicto De injuriis, auctore Ulpiano *l.* 1. *pr.* & §. 4. *D. de aleator.* & *l.* 15. §. 25. & §. 28. *D. de injur.* quid, ſi pari modo dicitur, *Cognitionem* impetrare *l.* 39. *D. de eviction.* & *l.* 3. §. 9. *h. t.* pro impetrare reſtitutionem ex decreto Prætoris, cauſa cognita? Promittit igitur Prætor, animadvertere, id eſt, cauſa cognita, decernere, ſive jus dicere; ſi quid cum minore geſtum erit. quo modo? *Uti quæque res erit.* Sic loquitur Prætor. eſt vero ejus ſenſus: Quod cum minore geſtum erit, cognoſcam; ac ſi eo læſus erit infirmitate conſilii, prout mihi æquum & bonum videbitur, decernam. Is ſenſus. Paulus *l.* 24. §. *ult. h. t.* ſic exprimit: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Paulus ſignificat, quod Prætor promittens, minorem ſi læſus ſit, in integrum reſtituere, ſe non adſtringit ad unam reſtitutionis formam: ſed conſtituit, varie jus dicere: prout minoris utilitati conveniet. Et eſt argumentum Paulo: quod Prætor non pollicetur propriam actionem vel cautionem, id eſt, ut mihi videtur, non certum atque uniforme auxilium: non enim dicit, actionem dabo, ut alias: non etiam, caveri jubebo, ut in Edicto De damno infecto: ſed ait, animadvertam, uti quæque res erit. reſervat igitur ſibi liberam reſtitutionis formam; prout ipſi videbitur. Inde fit: ut minori aliquando ſubveniatur Prætoria cognitione, nulla data actione, aut Judice: aliquando ei, cauſa cognita, detur Judex & actio utilis in perſonam ejus quocum geſſit aliquid: aliquando etiam actio utilis in rem adverſus poſſeſſorem, non modo malæ,

ſed

ſed etiam bonæ fidei; licet cum eo non ſit contractum. Ne auctoritas noſtræ deſit interpretationi; adducam *l.* 13. §. 1. *h. t.* ubi rem a minore traditam accepit Titius ex cauſa emptionis; iſque eam mox vendidit & tradidit alii. minor petit reſtitui in integrum. dicitur adjuvari vel cognitione Prætoria, (ut & fit *l.* 39. *D. de eviction.*) vel actione utili, modo in perſonam reſciſſa liberatione, modo in rem reſciſſa alienatione: prout Prætori æquius videatur. Id vero eſt, opinor, quod dixit Paulus *d. l.* 24. §. *ult. Totum hoc pendere ex Prætoris cognitione.* Eſt porro his conſequens; ut minor petat in integrum reſtitui, non de plano per libellum, ſed pro tribunali, conſidente Prætore, & adverſariis adverſus quos petat reſtitui, advocatis: ut obſervari, ubi cauſæ cognitio ſit, ſupra dictum ſub Titulo De in integrum reſtitutione; & in propoſito liquet in *l.* 29. §. 2. & *l.* 13. *h. t.*

Interim in cauſæ cognitione verſantur multa, obiter exponenda. Primum eſt; an qui poſtulat, ſe reſtitui ob ætatem, probaverit, ſe minorem eſſe, ut in anteceſſum demonſtravi. Alterum; an ſit eo quod geſtum eſt, læſus lubrico ætatis. Non id palam indicatur Prætoris verbis: ſed congruit ejus menti; ne ſemper, nec paſſim, reſcindat cum minore geſtum; ſed ut totum redigat ad bonum & æquum: ne, dum vult conſulere minoris imbecillitati, eum incommodo afficiat. nam ſi eum indiſtincte juvet; nemo cum eo contrahet; itaque futurum erit perinde, ac ſi quodammodo ei commercio interdicatur. proinde, niſi manifeſta ſit circumſcriptio, aut tam, id eſt, valde, negligenter in ea cauſa verſatus ſit, Prætor interponere ſe non debet *l.* 24. §. 1. *h. t.* finge: fato læſus eſt, ſobrie rem ſuam adminiſtrans: cur reſtituetur ob ætatem qui fecit, quod faceret, ſi eſſet major? non igitur eventus indulget damni reſtitutionem, ſed inconſulta facilitas. Sic optime Ulpianus *l.* 11. §. 3. §. 4. & 5. *h. t.* & allatis exemplis pulcherrimis. Nec minus probo ſic concludentem *l.* 44. *eod. tit. Non omnia quæ minores viginti quinque annis gerunt, irrita ſunt: ſed ea tantum quæ cauſa cognita ejuſmodi deprehenſa ſunt: ut ab aliis circumventi, vel ſua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiſerint: aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiſerint: aut oneri quod non ſuſcipere licuit, ſe obligaverint.* Poſſent hæc ſufficere: niſi e re eſſet, notari, propiores fuiſſe Veteres in adjuvando minore ob acceptum damnum, quam ob omiſſum lucrum. Adeo fuere qui exiſtimarent, ſufficere, minorem levari damno quo ſit affectus: non eſſe opus, ei ſubveniri propter omiſſum lucrum. nam damnum (quod a demendo, & quaſi deminutione patrimonii dictum *l.* 3. *D. de damn. infect.*) demum videri, cum minor amiſit quod habuit: at cum omiſit lucrum, non eſſe quidem locupletiorem factum; ſed interim nihil de bonis ſuis demiſiſſe, eoque proprie non eſſe læſum. ſic illi. Aliis contra ſedebat, convenire benignitati Prætoris, minori omni modo proſpicientis, ei non minus ſubvenire propter neglectum lucrum, quam propter acceptum damnum: ſapientibus, non minus lucri, cujus habeant occaſionem, ſtudioſis, quam a damno, ſi immineat, alienis. Atque hæc ſententia, ut humanior atque utilior, poſt multas variationes tandem recepta eſt: ſi fides Ulpiano *l.* 7. §. 6. *D. h. t.* nam hoc indigitat: cum ſic ſcribit, *Hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus ſuccurratur.* Et adfert exempla §. 7. & 8.

Summa eſt: quod in integrum reſtitutione minoris omnia in eum reponuntur ſtatum, in quo erant ante, quam eſſet cum illo geſtum. proinde debet res perinde haberi, ac ſi nil oſſet cum minore geſtum. Quod ſi eſt: oportet reſtitui ipſum quod eſt geſtum, & præterea, quidquid ex eo ſequutum eſt. Hoc intelligitur ex *l.* 9. *h. t.* proponitur ibi minor eſſe damnatus ſententia Præſidis vel Procuratoris Cæſaris. deinde ex cauſa judicati capta & diſtracta ſunt ejus pignora. mox idem minor petiit in integrum reſtitutionem adverſus ſententiam. pro certo ponitur, (ut eſt certum) quod pecunia a minore ſoluta ex cauſa judicati, debet ei reſtitui. illud quæritur, an etiam revocari poſſint diſtracta corpora? & placet, revocari: modo interſit minoris, revocari: id eſt, ut ait Ulpianus, ſi grande damnum ſit minoris. nam huc reſpicit in integrum reſtitutio, ut omnis utilitas quam amiſit, aut omne damnum quod accepit minor, ei Prætoris indulgentia reparetur.

Cæterum, ut æquum eſt, Prætorem minori conſulere; ita nec debet adverſarium negligere. bene Paulus *l.* 24. §. 4. *h. t.* reſtitutio, inquit, ita facienda eſt, ut unuſquiſque integrum jus ſuum recipiat. ſic foret; ſi nil eſſet cum minore geſtum. nec aliud congruit æquitati Prætoris, quam utriuſque cauſam in hunc ſtatum reducere. proſpiciat igitur minori Prætor, ne lubrico ætatis accipiat damnum. qua vero fronte ſinat, eum facere lucrum cum aliena injuria? ſed apparet, ut vera ſit in integrum reſtitutio, oportere omnia pro infectis eſſe. Hoc vult Antoninus *l. unic. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. reſt.* Tatiano cuidam ſic reſcribens: *Qui reſtituitur in integrum, ſicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Et inde refert: quod minor *ideo, quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet reſtituere.* Tum ſubjicit §. 1. *Sed & ſi interceſſor minor viginti quinque annis intervenerit, in veterem debitorem debet reſtitui actio.* Non minus verum eſt, quod in §. 2. addit porro: *Cum minor adiit hereditatem, & reſtituitur: mox quidquid ad eum ex hereditate pervenit, debet præſtare: verum & ſi quid dolo ejus factum eſt, hoc eum præſtare convenit.* Sic

Antoninus. & probo; quod ait, a minore ſi reſtituatur, præſtari, quidquid ad eum ex hereditate pervenit. nam cætera adverſario non præſtari. fac, quid legatis eſſe expenſum: fac, ſervos ad libertatem adita hereditate perveniſſe. an tenetur aut legata refundere, aut pretia manumiſſorum? non putat Ulpianus *l.* 22. *h. t.* & recte: quia ſervi ex defuncti voluntate ipſo jure ſunt adita hereditate manumiſſi: porro ſoluta legata jure debebantur. ita ex his nihil ad eum pervenit. Eodem modo Papinianus *l.* 31. *h. t.* minore adverſus aditionem hereditatis reſtituto, ait ſervos ex fideicommiſſo manumiſſos, retinere libertatem: & ſi quidam ex creditoribus pecuniam ſuam a minore accepiſſent ante reſtitutionem: recte factam eſſe ſolutionem: ideoque contra eos qui acceperunt, cæterorum querelam, ut pecunia communicetur, non admitti. Sed nimis liquet, poſtulata reſtitutione, quidquid ad minorem pervenit, ab eo reſtitui adverſario. Idem eſſe, ait Antoninus *d. l. unic.* ſi quid factum eſt ejus dolo, quo minus perveniret. non enim eſt Prætori negotium, improbitati & malitiæ indulgere; ſed ætatis minoris lubrico & conſilii infirmitati ſubvenire. Atque hæc procedunt maxime in his quæ pendent ab uno utriuſque actu, & quaſi cohærent, nec facile ſeparantur: ut in emptione & venditione, & ſimilibus. ſed aliter eſt in ſeparatis: qualis caſus eſt *l.* 28. *h. t.* Minor egit actione tutelæ directa: tutor contraria. ille, ut ratio redderetur: hic ut impenſas reciperet. minor obtinuit minus, quam ſibi deberi exiſtimabat. petit reſtitui in integrum. an reſtituendus quoque tutor? negat Modeſtinus: quia ſeparata eſt utraque actio, nec altera cum altera quidquam habet commune. Poteſt enim eſſe directa tutelæ actio, ut non ſit contraria. vice quoque verſa poteſt inſtitui contraria, ut non agatur directa. Nec diſſimile eſt, quod traditum *l.* 29. §. 1. *d. t.* Ex ſuperioribus profluit alia quæſtio *l.* 41. *h. t.* cujus variat lectio. Florentiæ ſic editur. *Si judex circumvento in venditione aduleſcenti juſſit fundum reſtitui, eumque pretium emptori reddere, & hic nolit in integrum reſtitutione: pœnitentia acta exceptionem utilem adverſus petentem pretium, quaſi ex cauſa judicati aduleſcens habere poterit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro ſe introducta ſunt. nec queri poteris venditor, ſi reſtitutus fuerit in eam cauſam in qua ſe ipſe conſtituit: & quam mutare non potuiſſet, ſi minor auxilium Prætoris non imploraſſet.* Sic Florentiæ. apud Haloandrum eſt, *& hic nolit uti hac in integrum reſtitutione.* Ruſſardus pro, *venditor*, quoque habet, *emptor*: quamquam Haloander retinet *venditor*, ut eſt in editione Florentina. ſed, res poſtulat, *emptor.* Species: Minor vendidit fundum certo pretio. is minor petit reſtitui in integrum. Prætor ſuo decreto juſſit, minori ab emptore reſtitui fundum; & a minore vice verſa pretium reſtitui emptori; ſicut in integrum reſtitutione moris eſt. poſtea adoleſcentem pœnituit impetratæ reſtitutionis. igitur non vult ea uti. ejus adverſarius agit actione rei judicatæ, ut ſibi pretium reſtituatur: paratus ei fundum, ut juſſus, reſtituere. quæritur: an minor adverſus eum poſſit uti utili exceptione, id eſt, exceptione in factum? prima facie non videtur: quaſi adverſario ſit jus quæſitum ex decreto Prætoris, utrumque in integrum reſtituentis. Ait tamen Julianus, quod adoleſcens exceptionem utilem adverſus petentem pretium, quaſi ex cauſa judicati, habere poterit. & pro ratione addit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro ſe introducta ſunt: nec queri poterit emptor, (ſic dixi legendum) ſi reſtitutus fuerit in eamdem cauſam in quam ſe ipſe conſtituerat, & quam mutare non potuiſſet; ſi minor non impetraſſet Prætoris auxilium.

Item quæritur, ſi minor adverſus minorem reſtitui deſiderat, an ſit audiendus? Ulpianus *l.* 11. §. 6. *h. t.* putat, inſpiciendum a Prætore, quis captus ſit. proinde ſi ambo capti ſunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit: melior, inquit, eſt cauſa ejus qui accepit, & dilapidavit, vel perdidit. Plane in §. 2. cenſet Ulpianus, ſi minor annis cum filiofamilias majore contraxit: poſſe in integrum reſtitui; ut magis ætatis, quam Senatuſconſulti, ratio habeatur. quid, ſi apud minorem mulier pro alio interceſſerit? ſi audimus Gajum *l.* 12. *h. t.* non eſt ei actio in mulierem danda: ſed perinde atque cæteri, per exceptionem removeri debet: ſcilicet, quia communi jure ei actio in priorem debitorem reſtituitur. Hæc: ſi ſolvendo ſit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatuſconſulti auxilio.

Non prætermittam hic *l.* 13. *h. t.* quia meretur exponi quod tractat. Ait ibi Ulpianus, in cauſæ cognitione etiam verſari, utrum ſoli minori ſuccurrendum ſit, an etiam his qui pro eo ſint obligati, puta, fidejuſſoribus aut mandatoribus. primum pro certo ponit, quod minor captus, nec creditori, nec fidejuſſori, tenetur: ſed perpendendum eſt Prætori, utri potius ſubveniat. Sic vero apparet, quod Ulpianus *l.* 3. §. 4. *h. t.* ait, reſtitutionis auxilium ſolere interdum minoris fidejuſſori prodeſſe. at quando ei proſit, hoc quæritur? Fac, mandatorem eſſe; putat Ulpianus *d. l.* 13. facilius dici, non debere ei ſubveniri: ſcilicet, quod hic fuit velut adfirmator & ſuaſor; ut cum minore contraheretur. Idem tamen cenſet in fidejuſſore: ſi, cum ſcirem minorem, & ei non haberem fidem; tu pro eo fidejuſſeris: non enim eſſe æquum, fidejuſſori ſubveniri in necem meam; ſed potius denegandam ipſi fore actionem. Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 17. §. 9. id ſic exprimit: *Qui ſciens prudenſque ſe pro minore obligavit, ſi id conſulto conſilio fecit, licet minori ſuc-*

ſuccurratur, *ipſi tamen non ſuccurretur.* Cæterum non iniquum fuerit, ſicut minori, ſic fidejuſſori, ſubveniri: modo minor non in re, ſed dolo creditoris, circumventus dicatur *l.* 2. *C. de fidejuſſorib. min.* ſic enim exceptio non cum minoris perſona, ſed cum re, cohæret. idemque foret, ſi major læſus eſſet dolo creditoris *l.* 7. §. 1. *D. de except.* Sed noſtra quæſtio eſt: ſi minor, ſine dolo creditoris, in re ſit circumſcriptus lubrico ætatis. tum enim perſonæ favor demum locum facit in integrum reſtitutioni: ideoque exceptio cum perſona cohæret *d. l.* 7. §. 1. nec videtur porrigi ad fidejuſſorem: cujus non idem favor eſt. quin poteſt ei imputari, cur fidejuſſerit; ſi ſcivit, minorem eſſe pro quo intervenit: aut cur non inquiſiverit in perſonam ejus, ſi neſcivit. utique potuit inquirere: & ſi non fecit, cum poſſet, ejus culpa eſt: quam æquum eſt magis ei, quam creditori, nocere. hunc certe lædi fidejuſſoris imprudentia, non oportet *l.* 1. & 2. *C. de fidej. minor.* At enim obſtant *l.* 51. *D. de procurat. l.* 86. *D. de adq. hered. l.* 2. §. *fin. D. de admin. tut.* Sed videamus; ne in his ſit quid ſpeciale, ad ſuperiorem regulam non pertinens. Habuit ſane illa locum, fidejuſſore ſimpliciter interveniente pro minore, qualis qualis ſit. at in propoſito fidejuſſor pro minore intervenit, non ſimpliciter, ſed qua tali: id eſt, pro minore certam aſſumente perſonam, verbi gratia, defenſoris aut heredis. hanc qualitatem quamdiu retinet minor; æquum eſt, teneri fidejuſſorem qui in eam conſenſit. eam ſi deponit minor, impetrata in integrum reſtitutione: ſicut minori ſubvenitur, ita ejus fidejuſſorem adjuvari oportet: quia fidejuſſit pro minore, non tamquam minore, ſed tamquam defenſore aut herede. talis autem defenſor aut heres eſſe deſiit in integrum reſtitutus. igitur deſiit quoque eſſe cauſa fidejuſſionis, unice factæ, ut minor eſſet aut heres, aut alienæ litis defenſor. nec reſtat; niſi, ut æque in integrum reſtituatur fidejuſſor, ac reſtitutus eſt minor: ſiquidem ſtipulatio ex hujuſmodi cauſa intelligitur interponi propter ipſam rem propter quam quis convenitur, & idcirco caret effectu: ſi ea ſit rei perſona cum qua agi nequeat, qualis eſt ſervus *l.* 9. *l.* 13. *D. Si quis cautionib. in judic. ſiſt.* aut ſi talis ſit, ut adverſus eam jam amplius dirigi non poſſit: ut evenit in tutore, finita tutela *l.* 15. *D. eod. tit.*

Non minus elegans eſt ſequens Ulpiani obſervatio in *l.* 16. *h. t. In cauſæ cognitione etiam hoc verſabitur, num forte alia actio poſſit competere citra in integrum reſtitutionem. Nam ſi communi auxilio & mero jure munitus ſit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* Et eſt exemplum Ulpiani clarum & certum: *Ut puta, cum pupillo contractum eſt ſine tutoris auctoritate.* Eſt enim pupillus ipſo jure tutus: ſolo obligatus naturæ jure ex quo jure civili non eſt petitio. Non peccabo: ſi huic exemplo ſubjiciam aliud conſimile ex *l.* 25. *D. de fidejuſſoribus* quæ deſumpta eſt ex eodem Ulpiani lib. XI. Ad Edictum; ex quo eſt *d. l.* 16. eique olim cohæſit. Verba *l.* 25. *Marcellus ſcribit: ſi quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, prodigo, vel furioſo fidejuſſerit: magis eſſe, ut ei non ſubveniatur: quoniam his mandati actio non competit.* Ita paſſim legitur. ſed incidit Antonio Contio, V. CL. *lib.* 2. *Var. lect. c.* 3. reponere: *Ut his non ſubveniatur, quoniam ei mandati actio non competit.* Optimo, opinor, ſenſu qui ante erat nullus. is ſane locus pertinet ad Edictum de reſtitutione minorum, & eſt conjungendus cum fine principii *d. l.* 16. ita non quæritur de reſtitutione fidejuſſoris qui intervenit pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furioſove, ſimiliter obligatis ſine conſenſu curatoris: ſed quæritur de reſtitutione pupilli, prodigi, aut furioſi: & eſt utriuſque & Marcelli & Ulpiani ſenſus: Si quis fidejuſſerit pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furioſove: non eſt his, id eſt, pupillo, prodigo, aut furioſo, neceſſaria in integrum reſtitutio: quia ſatis muniti ſunt jure communi; cum huic, id eſt, fidejuſſori, adverſus ipſos nulla jure civili competat mandati actio. Hic Ulpiani ſenſus, & ſolus, non alius. Ita non oportet eo ex loco ulterius quæri, (quod a pleriſque fieri video) an talis fidejuſſor jure civili obligatus intelligatur. nam de hoc in propoſito neque Ulpianus cogitavit, neque Marcellus. Quid igitur eſt? ei qui hoc ſcire volet, ſuadeam, ire ad alia Pandectarum capita in quibus ea quæſtio tractatur. ex hoc enim loco non diſcet: quia in hoc non eſt actum. Superiori quæſtioni affinis eſt illa, an minor viginti quinque annis, ſi contrahat ſine curatoris conſenſu, opus habeat in integrum reſtitutione? proponitur ea in *l.* 3. *C. h. t.* & eſt una dubitatio, utrum ſit ipſo jure tutus, an non. Sed hanc ex profeſſo expedivi *lib. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 20. Ne prætermittendum quidem foret exemplum §. 1. *D. l.* 16: niſi id expoſuiſſem *lib. De form. emend. dol. mal. c.* 7. in quo etiam, quod eſt digniſſimum obſervatu, indicavi, *l.* 5. *C. h. t.* eſſe partem *l.* 5. *C. de reſcind. vend.* monſtrante legis utriuſque cum tenore, tum Inſcriptione quæ eſt *Impp. Diocletiani & Maximiani ad Ruſum.*

Volui diſcedere a *d. l.* 16: ſed retinet me duplex ſcrupulus in his verbis *pr. d. l. In cauſæ cognitione etiam hoc verſabitur, num forte alia actio poſſit competere, citra in integrum reſtitutionem.* Prior difficultas eſt, quod non ſatis eis conveniunt ſequentia. *Nam ſi communi auxilio, & mero jure munitus ſit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta, cum pupillo contractum eſt ſine tutoris auctoritate, nec locupletior factus eſt.* Quæ enim hic eſt actio propter quam deneganda ſit in integrum reſtitutio? Altera difficultas eſt: quod in §. 2. *d.*

loci

loci occurrit exemplum: in quo datur in integrum reſtitutio, etſi alia competat actio. idemque evenit *l. 1. l. 3. & l. 5. C. Si tut. vel. cur.* Ut igitur uterque eximatur ſcrupulus: dicendum eſt, quod in *d. l. 16. pr.* ſub actionis appellatione continetur jus id quod geſtum ſit, dicendi nullum. & eſt ſenſus: Quoties quis ita eſt munitus ipſo jure: ut poſſit id quod geſtum eſt, nullum dicere: tum Prætor ei non accommodat hoc extraordinarium in integrum reſtitutionis auxilium: propterea quod non eſt opus reſtitutione qua nullum fiat negotium, quod eſt nullum, & quidem ipſo jure. tale exemplum eſt: ſi pupillus ſe obligaverit ſine tutoris auctoritate, nec ſit locupletior factus: aut ſi minor in contrahenda ſocietate ſit dolo malo circumventus. quid enim reſtituatur; ubi quod reſtituatur, non eſt? Cæterum ſi ipſo jure civili teneat geſtum cum minore: tum eſt in integrum reſtitutione opus: nec ea impeditur eo quod minori etiam alia competit jure civili actio: quia non eſt minor ſic ipſo jure munitus; ſed alia actione, in integrum reſtitutioni accedente: ut eſt incerti condictio §. 2. *d. l.* 16: & ſunt aliæ actiones in *d. l. 3. & 5.* Sic accipiendum quod in *d. l. 16. §. 3.* generaliter ſubjicit Ulpianus, *Et generaliter probandum eſt, ubi contractus non valet, pro certo Prætorem interponere ſe non debere.*

Res finem non inveniet, ſi velim omnes enumerare caſus, in quibus ceſſet in integrum reſtitutio. cum enim generaliter dicat Prætor, *Uti quæque res erit, animadvertam:* apparet, non aliter ab eo dari, quam ſi juſta cauſa eſſe videatur. Si tamen moleſtus non ero; addam cauſas paucas & elegantes. Prima deliberatio erit: an poſſit minor, poſt impetratam a Principe ætatis veniam, rem ſuam minus idoneë gerens, petere in integrum reſtitutionem. quæſtio eſt, an ſit juſta cauſa? ſed negat Aurelianus, atque optima ratione; ne hi qui cum eo contrahunt, Principali auctoritate circumſcripti eſſe videantur *l. 1. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Similis cauſa denegandæ in integrum reſtitutionis eſt; ſi major ratum habuerit quod minor geſſit. quid enim intereſt, utrum major gerat, an quod minor geſſit, major approbet? ſed Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* ait, placere, & eſſe conſtitutum, ſi quis major factus comprobaverit, quod minor geſſerat, ceſſare reſtitutionem. eodemque ſpectat *l. 1. & 2. C. Si maj. fact. rat. hab.* Similis caſus eſt: ſi minor alterius circumveniendi cauſa, ſe majorem dixerit: ſciens, ſe minorem eſſe. Atqui eſt minor. Sed nequam; non ſimplex; ſed improbe callidus. ita malitia ſupplet ætatem: certo, quod publica jura minoribus errantibus, non etiam fallentibus, ſubveniunt *l. 2. C. Si min. ſe maj. dix.* Non idem rigor ſervatur adverſus minorem qui majorem ætatem probavit, id eſt, putavit ſe probare, tabulis profeſſionum ſuarum ſibi oblatis: cum neſciret, falſas eſſe *l. 1. C. d. t.* Non enim fecit ſe reſtitutione indignum qui noluit alium decipere, ipſe deceptus oblatis profeſſionum ſuarum tabulis quas putabat veras eſſe. Profeſſionem intellige natalis: ſic enim vocatur *l. 6. C. de fid. inſtr.* dicitur & ſimpliciter profeſſio *l. 14. C. de probat.* inde hic tabulæ profeſſionum. Solent autem parentes vetere more (quem revocaſſe, & ampliaſſe Antoninum Philoſophum, oſtendit Lipſius *Excurſ. A. ad lib. 5. Annal. Taciti*) apud acta profiteri natos ſibi liberos, quo do eorum natalibus, quoties opus eſſet, conſtaret. Hæ profeſſiones ſæpe erant veræ; aliquando falſæ *l. 29. §. 1. D. eod. tit.* etiam diverſæ *l. 13. D. eod. tit.* quippe cum non modo patris, ſed etiam matris, & avi, profeſſio reciperetur *l. 16. D. d. t.* ne omnes quidem fiebant in publico tabulario. erant & domeſticæ. liquet ex Apulejo *Apolog.* ab eaque cauſa facile ementitæ *d. l.* 14. Superioribus addendum ex *l. 3. C. ſi min. ſe major. dix.* ſi non minoris dolus reperiatur, ſed adverſarii injuria vel circumventione fuerit factum, ut ſe majorem diceret, durare reſtitutionis beneficium. Quid, ſi in inſtrumento per ſacramenti religionem aſſeveravit, ſe majorem eſſe? eſt reſtitutionis beneficio excluſus: niſi palam & evidenter ex inſtrumentorum probatione, non per teſtium depoſitionem, ſe minorem fuiſſe oſtenderit. id autem tum in primis verum eſt: ſi in inſtrumento juravit, cum crederet, ſe eſſe majorem, ab adverſario deceptus: ipſe non cogitans dolum. atque hoc; ſi ſimplex ſit jusjurandum, conſtans intra verba. nam ſi corporaliter ſit præſtitum: negat *d. l.* 3. Juſtinianus, ullum ſupereſſe auxilium.

Hoc loco quoque videndum; an in integrum reſtitutio permittenda ſit minori adverſus eos, adverſus quos ceſſat de dolo actio. tales enumerantur *l. 11. §. 1. D. de dolo malo.* Sed putat Gajus *l. 27. § ult. h. t.* etiam adverſus eos præſtari. Quæ tamen ibidem additur clauſula, *Niſi quædam perſonæ ſpeciali lege fuerint exceptæ*, ea clauſula non eſt Gaji; ſed Triboniani, ab eo adjecta ex *l. ult. C. Qui & adverſ. quos.* a qua tamen excipienda ſpecies *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ liberis.*

Fuit & alia cauſa denegandæ in integrum reſtitutionis, ſi ſæpius petatur. ſed hanc attigi ſupra Tit. 1. hujus libri *De in integr. reſtit.*

TITU-

TITULUS V.

De capite minutis.

SUCCEDIT quarta cauſa petendæ in integrum reſtitutionis, capitis minutio. Ea a Gajo definitur ſtatus mutatio *l.* 1. *D. h. t.* Minuere enim eſt mutare. hoc ſenſu Paulus *l.* 17. *D. de oper. libert.* dixit, *Vitæ inſtitutum minui* pro mutari. id intelligitur conjunctione *l.* 16. §. 1. *& l.* 50. *D. eod. tit.* Status hic notat conditionem quam homo habet a familia, civitate, aut libertate. adeo ſtrictior hic, quam ſub Titulo *De ſtatu hominum*, eſt ſtatus ſignificatio. argumentum ei rei: quod Senatorem, cum ordine movetur, negamus capite minui, quaſi dignitatem mutet, non ſtatum §. 5. *Inſt. h. t.* idem dicimus de ſervo, cum manumittitur: nam eum quoque negamus amittere caput, id eſt, ſtatum: quia numquam habuit caput: id eſt, numquam habuit jus aliquod vel a libertate, vel a civitate, vel a familia. imo hodie, id eſt, ex manumiſſione, demum caput, ſeu ſtatum, habere incipit *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *h. t.*

Ex hac verbi notatione trifariam dividitur capitis minutio. Paulum audi *l. ult. h. t. Capitis deminutionis tria genera ſunt: maxima, media, & minima. tria enim ſunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. igitur cum hæc omnia amittimus, hoc eſt, libertatem, civitatem, & familiam, maximam eſſe capitis deminutionem conſtat. cum vero amittimus civitatem, & libertatem retinemus, mediam eſſe capitis deminutionem. cum autem & libertas & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam eſſe capitis deminutionem.* Sic Paulus: etiam Juſtinianus *h. t. Inſtit.* nec aliter Auſonius his verbis *Edyll.* XI. *Triplex libertas, capitiſque minutio triplex.* Ulpianus tamen *l.* 1. §. 4. *D. de ſuis & legitim. hered.* capitis minutionem facit duplicem, magnam, & minorem. Sed nulla in re pugna eſt: aliqua licet ſit in verbis. quæ enim Ulpiano duplex eſt diviſio, optime poteſt fieri triplex: & quæ Paulo eſt triplex, facile fit duplex. quo modo? Capitis deminutio aut magna eſt, aut minor *d. l.* 1. §. 4. magna, cum publica amittitur libertas, ſive naturalis, ſive civilis: minor, quoties familiæ jus mutatur, ſalva publica libertate, & naturali & civili. Hanc indicavit Ulpianus *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatuſc. Tertyll.* quamquam omnes libri habent: *Capitis minutio ſalvo ſtatu contingens libris nihil nocet ad legitimam hereditatem.* Nullo plane ſenſu. cum enim omnis capitis minutio ſit ſtatus mutatio; an poteſt ulla contingere, ſalvo ſtatu? non poteſt. quo modo igitur ait Ulpianus, aliquam contingere ſalvo ſtatu? Si quid intelligo; deeſt Ulpiano verbum, quod ſic reſtituo: *Capitis minutio ſalvo ſtatu c. contingens.* & explico, *Capitis minutio ſalvo ſtatu* civitatis *contingens.* Sic conjeci *lib.* 2. *Obſerv. c.* 21. & eſt ſenſus optimus: nam capitis minutio ſalvo ſtatu civitatis contingens, ſolam mutat familiam; nec eſt alia, quam minor: cui ab Ulpiano in fine *d.* §. 8. mox opponitur *magna capitis minutio*, quæ *vel civitatem adimit, ut puta, ſi deportetur.* Ea forma in *l.* 2. *h. t.* ipſe ſic ait, *Pertinet hoc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ ſalva civitate contingunt.* Id eſt, quæ ſunt ex genere capitis deminutionis minoris. Eoque modo etiam loquitur Paulus *l.* 5. §. 2. *h. t.* Sit igitur, ut dixi, capitis deminutio duplex: magna, vel minor. hæc accidit ſalvo ſtatu civitatis: illa civitatis amiſſione. altera tollit privata familiæ, altera publica jura: auctore Paulo *d. l.* 5. §. 2. *& l.* 7. *h. t.* Idem firmat Calliſtratus *l.* 5. §. 3. *D. de extraord. cognit.* primum ait, *Conſumi exiſtimationem, quotiens magna capitis minutio intervenit.* cum autem quæri poſſet, quæ ſit magna: deinde addit, *id eſt, cum libertas adimitur:* appellatione libertatis non privata, ſed publica civitatis, jura ſignificans. hoc quoque (cum poſſit obſcurum videri, duplice ea libertate, alia naturali, alia civili) utriuſque exemplo illuſtrat. unum eſt; *Veluti, cum aqua & igni interdicitur, quæ* [capitis minutio] *in perſona deportatorum venit.* alterum eſt; *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.* poſterius exemplum manifeſtum eſt: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pœnæ ſervitus. prius obſcuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etſi amittat civitatem. nec hoc confundit Calliſtratum: & merito. nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber eſt: retinet enim quæ Juris Gentium ſunt. cæterum amittit quæ ſunt Juris Civilis *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* nec ideo eſt Jure Civili liber; quod ſit liber Jure Gentium. Hoc voluit Calliſtratus: & ante obſervavit Livius *lib.* 45. *c.* 15. Verba Livii. *Omnibus quinque & triginta tribubus emovere: id eſt, libertatem civitatemque eripere.* Cicero quoque, *Pro Cæcina, Si*, inquit, *ſemel civitas adimi poteſt, retineri libertas non poteſt. qui enim poteſt Jure Quiritium liber eſſe qui in numero Quiritium non eſt.* Eſt igitur duplex capitis minutio, magna & minor: ut eſt duplex libertas: una publica civitatis, altera privata familiæ. Imo eſt triplex capitis minutio, maxima, media, minima. ac, ne de Juſtiniano & Paulo dicam iterum, ſic clare Ulpianus in *Fragm. tit.* XI. §. 10. *& l.* 63. §. 10. *D. Pro ſocio*, atque exemplo libertatis triplicis, ut ex Auſonio dixi. Sed nullum periculum.

lum. cum enim triplex eſſe dicitur capitis minutio: maxima mutatur naturæ, minore civitatis, minima familiæ, ſtatus. ita cum tres ſint gradus libertatis, tres ſunt ſpecies capitis deminutionis. cum vero duplicem eam facimus, aliam magnam, aliam minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis, jura partim civilia, partim naturalia. Sed de his plura *d. lib.* 2. *Obſerv. c.* 21.

Dixi, quid ſit capitis deminutio, & quotuplex. Sequens diſputatio tradet, quis ſit cujuſque effectus. eſt autem varius. nam maxima & media comparantur morti *l.* 63. §. 10. *D. Pro ſocio.* §. 1. *Inſt. Quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* igitur utramvis quis patiatur; extinguitur ejus jus, cum publicum, tum privatum, nec minus naturale, quam civile: ſicut fieret, ſi mortuus eſſet. ſed neque poteſt ille penitus conveniri. dabitur plane actio utilis in eos ad quos bona ejus pervenerint *l.* 2. *l.* 7. §. 2. *&* 3. *h. t.* ſi præſertim quæ acciderint ante utramque capitis deminutionem. quid, ſi poſtea acciderint? & quidem poſt maximam capitis deminutionem, nil opus admoneri: cum conſtet, hanc paſſum, fieri ſervum. at paſſus mediam capitis deminutionem, quia liber manet, ut amittat civitatem, perdit quidem civilia jura, ſed gentium jure fruitur: emit, vendit, locat, conducit, fœnus exercet, & cætera ſimilia, & poſtea quæſita pignori dare poteſt, niſi in fraudem fiſci qui ei mortuo ſucceſſurus eſt, ea obliget *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Eadem ratione ait Paulus *l.* 22. §. 5. *D. Mandati*, eum cujus bona publicata ſunt, poſſe alicui mandare, ut ea emat; & ſi emerit, utilem fore mandati actionem, ſi non præſtet fidem: idque receptum eſſe ideo: quia publicatis bonis, quidquid poſtea adquiritur, non ſequitur fiſcum, niſi poſt ejus mortem. Sic in maxima & media capitis deminutione. Quid in minima? negat Paulus *l.* 5. §. 2. *h. t.* hac interverti jura publica: nam manere Magiſtratum, vel Senatorem, vel Judicem. qua ratione? duplice: una eſt, quod abſurdum fuerit, jura publica pendere a negotiis privatorum: altera eſt, quod ad munera publica omnes cives tenentur; ſive hujus, ſive illius, familiæ ſint; ac ſive ſint patresfamiliarum, ſive ſint filiifamiliarum. igitur hoc plus ait Ulpianus, nec cætera officia quæ publica ſunt, in eo finiri minima capitis minutione, ſed tantum privata hominis & familiæ ejus, non civitatis, jura *l.* 6. *h. t.* ita recte Paulus *l.* 7. Tutelas, inquit, etiam non amittit capitis minutio. Nec tamen hoc de omni tutela accipit; ſed de hac dumtaxat quæ a patre, aut a Magiſtratu datur. nam in legitima quæ agnatis proximis defertur ex Lege Duodecim Tabularum, aliter jus eſſe, exiſtimat in *d. l.* 7. quæ eſt corrupta, & a Cujacio *lib.* 9. *Obſerv. c.* 17. *& ad Ulpianum tit.* XI. ſic reſtituitur: *Exceptis his quæ I. A. P. P. deferuntur:* Sigla ſic exponit Cujacius: *Exceptis his quæ jure agnationis proximis potiſſimum deferuntur.* addit, *potiſſimum*, propter fœminas: quibus tutela non defertur, etſi ſint agnatæ. *l.* 73. *D. de reg. jur. & l.* 1. §. 1. *D. de legitim. tutor.* Sic Cujacius. Eodem ſenſu, ſed minore molimine, conjicit Jacobus Gothofredus ad *Tabul.* V. *Leg.* XII. *Tabb. lib.* 3. *p.* 96. Exceptis his quæ in *jure antiquo* perſonis poſitis deferuntur. ac *per jus antiquum*, intelligit jus Duodecim Tabularum. Nec poteſt negari, quod utroque modo in *d. l.* 7. belle procedit ſequens Pauli illatio: Igitur teſtamento dati tutores, minima capitis deminutione tutores eſſe non deſinunt: ſicut nec a Magiſtratu dati ex Lege Atilia, aut ex Senatuſconſulto: (cujus Ulpianum meminiſſe. *tit.* XI. §. *Hoc amplius* bene animadvertit Cujacius) ſed ſoli legitimi ex Lege Duodecim Tabularum conſtituti. Hoc tam varie: quia Lex Duodecim Tabularum legitimos tutores vocans, illos civiliter deſignat: Senatuſconſultum naturaliter. civilis appellatio eſt, agnati: naturalis, pater, mater, filius. fit etiam naturalis deſignatio, cum Magiſtratus ex Lege Atilia, aut pater in teſtamento, Titium aut Gajum appellat proprio nomine. at agnati nomen, mutata familia, perimitur. contra filius & pater, item Titius & Gajus, eſſe non deſinunt.

In hereditatibus eadem aut ſimilis diſtinctio, auctore Paulo *d. l.* 7. nam aliæ ſuis & agnatis deferuntur: aliæ cognatis. ſuorum & agnatorum eſt civile nomen, veniens ex Lege Duodecim Tabularum. cognatorum nomen eſt ſanguinis, id eſt, naturale, veniens ex Edicto Prætoris. alterum igitur vel minima capitis deminutione tollitur: alterum non tollitur. Huc ſpectat illud Pomponii *l.* 8. *D. de reg. jur. Jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſunt.* Pomponio jus ſanguinis eſt jus cognationis: jus civile eſt minima capitis deminutio, ut in *l.* 2. *D. Unde cognati.* ita ſenſus Pomponii, Hereditates quæ jure civili ſuis & agnatis deferuntur, amitti emancipatione, id eſt, minima capitis deminutione, ſeu jure civili: ſed bonorum poſſeſſiones quæ cognatis jure ſanguinis deferuntur, non æque: qui enim non admittuntur ut legitimi, adhuc admitti ut cognatos: quia cognationis nomen eſt nomen juris naturæ, quod minima capitis deminutione, id eſt, jure civili, non dirimitur. Hoc apparebit ex collatione *l.* 5. *D. eod. tit. l.* 5. *D. Si tab. teſtam. nul. extab. l.* 4. *D. de ſuis & legitim.* quæ omnes ſunt ex eodem Pomponii *lib.* 4. *Ad Sabinum.*

Non alia fuit differentia in uſufructu, habitatione, & annuo relicto. Obſervavit eam Modeſtinus *l.* 10. *h. t.* indicante Inſcriptione: quæ eſt ex *lib.* 8. *Differentiarum:* etſi nulla hodie ſit ea in lege mentio uſusfructus: antiquo uſusfructus jure a Juſtiniano in *l.* 16. *C. de uſufructu* mutato. hac enim, opinor, ratione Tribonianus in *d. l.* 10.

omiſſa

omiſſa una differentiæ parte, tantum poſuit alteram: ut pridem obſervavi *lib.* 2. *De uſufructu c.* 7.

Ne obligationes quidem ſuperiore caruerunt diſtinctione. voluere Veteres, has quæ civilem habent præſtationem, minima capitis deminutione, id eſt, jure civili, perire; illas quæ habent naturalem, non æque. Sic Gajus *l.* 8. *h. t.* & ei exemplum in dote: quam confirmat habere naturalem præſtationem, conceptam quippe in bonum & æquum; ideoque durare poſt capitis deminutionem. quem in finem? ut quandoque, id eſt, quandocumque, emancipata agat. ita ſubjicit Paulus *l.* 9. *h. t.* An idem in cæteris bonæ fidei contractibus? Non putat Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 14. Mihi placet, Gaji regulam exemplo dotis non reſtringi, ſed illuſtrari: quia & cæteri bonæ fidei contractus in bonum & æquum concipiuntur; nec minus habent naturalem præſtationem. Civilis obligationis exemplum in ſtipulatione: eſt enim illa, ut alibi dixi, contractus juris civilis, quatenus formam accepit a jure civili, ideoque tollitur jure civili: quamquam ita, ut quæ in ea fuit naturæ vis, (nam originem habet a jure gentium) in ea maneat poſt capitis deminutionem *l.* 2. §. 2. *h. t.* Igitur adfert, inquiet aliquis, capitis minutio alterius cauſæ præjudicium? Et ita eſt: ſed ut manet naturalis æquitas poſt capitis deminutionem; ſic Prætori pro ſua humanitate viſum, ei qui ſuam actionem nullo ſuo vitio, ſola juris ſcrupuloſitate amiſit, actionem utilem reſtituere *l.* 1. *&* 2. *D. de in integr. reſtit.* Extat hanc in rem ſequens Edictum. *Qui quæve, poſteaquam quid cum his actum contractumve ſit, capite deminuti deminutæve eſſe dicentur, in eos eaſve perinde quaſi id factum non ſit, judicium dabo.* Hæc verba debemus Ulpiano *l.* 2. §. 1. *h. t.* Sed deſiderantur aliqua. non minus enim in hac, quam in cæteris cauſis petendæ in integrum reſtitutionis, poſitum a Prætore fuit tempus anni utilis. Deinde ubi hic veſtigium cauſæ cognitionis? Modeſtinus tamen *l.* 3. *D. de in integr. reſtit.* Omnes, inquit, in integrum reſtitutiones, cauſa cognita, promittuntur. Quid, ſi igitur Edictum ſic reſtituam? *Qui quæve, poſteaquam quid cum his actum contractumve ſit, capite deminuti deminutæve eſſe dicentur, in eos eaſve perinde quaſi id factum non ſit, intra annum, quo primum experiundi poteſtas erit, cauſa cognita, judicium dabo.* Hoc Edictum (ut Ulpianus obſervat *l.* 2. *h. t.*) pertinet ad eas capitis deminutiones quæ ſalva civitate contingunt: id eſt, quæ pertinent ad ſpecies minimæ capitis deminutionis. cæterum ſive amiſſione civitatis, ſive libertatis amiſſione, contingat capitis deminutio, (his verbis maxima & media capitis deminutio deſcribitur) ceſſabit Edictum: quia alterutram paſſi, non poſſunt hi penitus conveniri. dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. ſic Ulpianus. idemque Paulus, & aliquanto plenius *l.* 7. §. 2. *&* 3. *h. t.*

Ait Prætor, *Poſteaquam.* Igitur debet obligatio præceſſiſſe capitis deminutionem. quid ſi ſecuta ſit? Ulpianus *d. l.* 2. §. 2. ſic ſcribit: Hi qui capite minuuntur, ex his cauſis quæ capitis deminutionem præceſſerunt, manent obligati naturaliter: cæterum ſi poſtea, imputare quis ſibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba Edicti pertinet. ſed interdum, ſi contrahatur cum his poſt capitis deminutionem, danda eſt actio: & quidem ſi adrogatus ſit, nullus labor; nam perinde obligatur, ut filiusfamilias. Sic Ulpianus: ad quem addi poteſt Cujacius *lib.* 7. *Obſerv. c.* 11.

Deinde ait Prætor, *Actum, contractumve.* Quid ſit, *actum*, quid *contractum*, tractat Labeo apud Ulpianum *l.* 19. *D. de verb. ſignif.* Illud quæſitum fuit, an ſub his verbis etiam delicta in hoc Edicto comprehendantur. Sed negat Ulpianus *l.* 2. §. 3. *h. t.* nemo, inquiens, delictis exuitur, quamvis capite minutus ſit. Similiter fuit dubitatum, an jus teſtandi pertineat ad hoc Edictum. propoſita illa quæſtio eſt in *l.* 20. *D. de verb. ſignif.* eſt enim ex Ulpiani lib. 12. Ad Edictum, ex quo eſt etiam *l.* 2. *h. t.* ubi & præſens Edictum.

Porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium eſt reſtitutorium, ideoque utile: directo quod ante competebat, juris ſubtilitate extincto. eſt autem perpetuum, & datur heredibus, nec minus adverſus heredes *d. l.* 2. §. *ult.* Plane interdum non reſtituitur creditori actio: ut, ſi ſit juſta cauſa, cur non reſtituatur. non enim ſimpliciter promittit Prætor eam reſtituere: ſed cauſa cognita; ut ſupra monui in conceptione Edicti. & eſt exemplum in *l.* 2. §. 4. *h. t.* Simile in *l.* 11. *D. de judiciis.* nam hæc quoque eſt ex Ulpiani lib. 12. Ad Edictum; ideoque huc bene revocatur.

TITULUS VI.

Ex quibus cauſis majores viginti quinque annis in integrum reſtituuntur.

EX cauſis petendæ in integrum reſtitutionis ab Ulpiano & Paulo enumeratis *l.* 1. *&* 2. *D. de in integr. reſtit.* ſequitur quinta, quæ eſt abſentia. de qua in *l.* 1. §. 1. *h. t.* extat Edictum, ſed affectum, & ita reſtituendum. *Si cujus quid de bonis* deminutum erit, *cum is metu, aut ſine dolo malo, reipublicæ cauſa abeſſet: inve vinculis, ſervitute, hoſtiumque poteſtate eſſet*, poſteave: *ſive cujus actionis eorum cui dies exiſſe dicetur. Item, ſi quis quid uſu ſuum feciſſet, aut quod non utendo* amiſſum ſit *conſecutus: actioneve qua ſolutus ob id quod dies*

ejus exierit, cum abſens non defenderetur: inve vinculis eſſet, ſecumve agendi poteſtatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magiſtratus de ea re appellatus eſſet, ſive cui per Magiſtratus *ſine dolo ipſius actio exempta eſſe dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit. Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam: quod ejus per Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Sic reſtituendum fuiſſe Edictum, in ſequentibus oſtendetur. Interim cauſam videamus. eam Ulpianus *l. 1. h. t.* dicit eſſe juſtiſſimam: læſum enim jus per id tempus quo quis reipublicæ operam dabat, vel adverſo caſu laborabat, corrigi. nec non & adverſus eos ſuccurri: ne vel obſit, vel proſit quod evenit.

Principio ait Prætor: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut ſine dolo malo reipublicæ cauſa abeſſet, inve vinculis, ſervitute, aut hoſtium poteſtate eſſet.* Florentiæ deſunt verba, *Deminutum erit.* ſed extant in Accurſii exemplari; etiam in Baſilicis: ut obſervat Cujacius *lib. 24. Obſerv. c. 40.* præterea agnoſcit illa Alexander *l. 2. C. de reſtitut. milit.* puto, veriſſime: alioquin nullo Edicti ſenſu. Vix opus moneri, verbum, *Cujus*, in Edicto valere, Alicujus. Illud non ſilebo, quod Prætor abſentibus reſtitutionem non pollicetur ſtatim, ſed demum, ſi quid de eorum bonis deminutum erit: ac nec ſic aliter, quam cum is metu, aut ſine dolo malo reipublicæ cauſa abeſſet: inve vinculis, ſervitute, hoſtiumque poteſtate eſſet. Primum adjuvat Prætor hos, *qui metus cauſa abfuiſſent*; ſcilicet, ſi non ſupervacuo timore abfuiſſent *l. 2. §. 1. h. t.* Ulpianus *l. 3.* ſic ait, *Metus cauſa abeſſe videtur, qui juſto timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abeſt: & hoc ex effectu* (melius Florentiæ eſt, *ex affectu:* nam metus eſt motus animi; ut ex Frontone dixi *Tit 2. hujus libri*) *ejus intelligitur. ſed non ſufficit, quolibet terrore adductum timuiſſe. ſed hujus rei diſquiſitio judicis eſt.*

Deinde adjuvat Prætor eos, *qui ſine dolo malo reipublicæ cauſa affuiſſent.* Abeſſe reipublicæ cauſa puta, qui ab Urbe Roma abſunt ejus Urbis gratia. Paulus *l. 35. §. 3. h. t.* dicit, qui reipublicæ gratia extra Urbem aberit. nam Roma proprie dicitur Urbs; atque ejus reſpublica. ideo placet, eos qui Romæ operam dant reipublicæ, ut ſunt Magiſtratus, reipublicæ cauſa non abeſſe *l. 5. §. 1. & l. 6. h. t.* Milites plane qui Romæ militant, pro reipublicæ cauſa abſentibus habentur *l. 7.* non tamen ex hoc Edicto; ſed ex Conſtitutione D. Pii *l. 35. §. 4. h. t.* Illud quæri poteſt, ex quo tempore quis incipiat, & quo tempore deſinat, ab Urbe abeſſe. id vero Modeſtinus lib. 9. Regularum ſic definivit *l. 32. h. t. Abeſſe reipublicæ cauſa intelligitur & is qui ab Urbe profectus eſt, licet nondum provinciam acceſſerit; ſed & is qui exceſſerit, donec in Urbem revertatur.* Ita legit Jacobus Cujacius *lib. 12. Obſerv. c. 32.* & res poſtulat: cum vulgo edatur, *provincia exceſſerit.* Sed non ſufficit, quem abeſſe ab Urbe; niſi abſit reipublicæ cauſa: id eſt, ob munus publicum, ſive reipublicæ adminiſtrandæ cauſa. Non opus exemplis. occurrunt complura in *l. 32. & ſeqq. h. t.* Plus vult Prætor, cum abeſſe ſine dolo malo: monetque Ulpianus *l. 5. h. t.* quod adjectio, *Doli mali*, tantum refertur ad abſentes reipublicæ cauſa; non ad eum qui metus cauſa abſit. & cauſatur: quoniam nullus metus eſt, ſi dolus intercedit. cæterum occupandæ erant cavillationes eorum, qui ſui commodi cauſa abſentes, prætendunt cauſam reipublicæ. Calliſtratus *l. 4. h. t.* id declarat exemplis: ut ſolent Juriſconſulti. Primum ait, ſe accepiſſe, Dolum malum pertinere eo; ut qui poteſt reverti, neque reverteretur, in eo quod per id tempus adverſus eum factum eſt, non adjuvetur. Hoc primum exemplum. Alterum; veluti, ſi alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, ut reipublicæ cauſa abeſſet, [&] revocatur ab iſto privilegio. imo *l. 5.* addit Ulpianus, & qui data opera & ſine lucro hoc affectaverit, vel qui maturius profectus eſt, vel litis gratia cœpit reipublicæ cauſa abeſſe. Ita illi: nec mihi tempero; ne putem, pleraque reſpicere ad legationes liberas, a Senatu impetrari ſolitas aut privati ornamenti, aut privatæ rei gratia. De talibus legationibus more ſuo complura erudite attulit Gulielmus Budæus, V. CL. *Annot. reliq. ad Pand. p. 119. & ſeqq.* Sane huc pertinet hoc Ulpiani *l. 14. D. de legationib. Qui libera legatione abeſt, non videtur reipublicæ cauſa abeſſe:* & hæc adfertur ratio: *Hic enim non publici commodi cauſa, ſed ſui abeſt.* Sic veriſſime legit D. Budæus. Sit igitur hæc ſumma, quæ eſt Ulpiani *l. 36. h. t. Reipublicæ cauſa abeſſe eos ſolos intelligimus, qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt.* Nempe, qui ſui commodi cauſa abſunt, ut in libera legatione, volentes abſunt; non inviti abſunt. non enim tenentur talem legationem impetrare a Senatu: ſed ſi volunt, petunt: ſi nolunt, nemo cogit eos petere. at qui reipublicæ cauſa abſunt in legatione, illi coacti abſunt: quia neceſſario abſunt, non volentes ob ſuum commodum; ſed adſtricti jure civitatis ad obeunda munera publica: etſi non utique ſint coacti; cum poſſint cogi mulcta dicta, & pignoribus captis. Finiam; ſi adjecero hoc ex *l. 38. §. 1. h. t.* Tamdiu reipublicæ cauſa abeſſe quis videtur, quamdiu officio alicui præeſt. quod ſi finitum fuerit officium, jam deſinit abeſſe reipublicæ cauſa. ſed ad revertendum illi tempora computabimus ſtatim, atque deſiit reipublicæ cauſa abeſſe, ea quibus reverti in Urbem potuit: & erit moderatum, tempora ei dare quæ Lex revertentibus præſtitit. quare,

ſi

ſi quo deflexerit ſuæ rei cauſa, non dubitabimus, id tempus ei non proficere: habitaque dinumeratione temporis quo reverti potuit, ſtatim eum dicemus deſiſſe reipublicæ cauſa abeſſe. Plane, ſi infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis: ſicuti haberi ſolet & hiemis, & navigationis, & cæterorum quæ caſu contingunt.

Ut initio dixi, etiam *ei qui in vinculis fuiſſet*, hoc Edicto ſuccurritur. Quid autem ſit, in vinculis eſſe, pluribus exponit Calliſtratus *l. 9. h. t.* primum animadvertit, a Prætore dici, *Qui in vinculis* fuiſſet; non in cuſtodia. itaque Edicti verba non ſolum pertinere ad eum qui publica cuſtodia, quam Labeo putat ſolam vocari cuſtodiam, jure coërcetur: ſed ad eum quoque qui a latronibus aut prædonibus vel potentiore vi oppreſſus, ſine jure vinculis coërcebatur. ac facit huic interpretationi: quod alibi Venulejus, *Vinculorum*, inquit, *appellatione vel privata, vel publica vincula ſignificant, cuſtodiæ vero tantum publicam cuſtodiam l. 224. D. de verb. ſignif.* Non ad hoc ſubſiſtit Calliſtratus: præterea quærit, quid vinculorum appellatione contineatur? ait autem, latius accipi: nam placere, etiam incluſos veluti lautumiis, (de quibus infra ſub Titulo *De aleatoribus*) vinctorum numero haberi: non ex proprietate vocabuli, (quam in interpretatione Legis Æliæ Sentiæ recte ſequutus eſt Ulpianus *l. 216. D. d. t.*) ſed ex mente Prætoris. & hanc adfert rationem Calliſtratus: quia nihil intereſt, parietibus, an compedibus, teneatur. quod unice intendit, & prævenire voluit Prætor. Ulpianus *l. 10. ſequente* amplius ait, in eadem cauſa eſſe qui a militibus, ſtatoribuſque, vel a municipalibus miniſteriis (id eſt, miniſtris, ut alibi ſæpe) adſervantur: ſi probentur rei ſuæ ſupereſſe non potuiſſe. imo ait, in vinculis accipi eos qui ita alligati ſunt, ut ſine dedecore in publico parere non poſſint.

Sed redeo ad Edictum. eo ſuccurritur quoque ei *qui in ſervitute fuerit.* Et obſervat Calliſtratus *l. 11. h. t.* ita jus eſſe, ſive bona fide ſerviat homo liber, ſive detentus ſit. quod ut intelligatur, monendum eſt, aliud eſſe, in ſervitute eſſe; aliud, ſervum eſſe: ſicut aliud eſt, in libertate eſſe; aliud, liberum eſſe: item aliud, eſſe in poſſeſſione, aliud poſſidere. Prætor autem non loquitur de ſervo: (is nihil poteſt habere, nec amittere quidquam) ſed de homine libero, qui poteſt habere aliquid, & dum in ſervitute eſt, idem poteſt amittere, eo quod de facto impeditur jus ſuum exequi. Sit igitur hic Calliſtrati ſenſus: quod hoc Edicto etiam ſuccurritur homini libero qui fuit in ſervitute; ſive alii ſervivit bona fide, ſive ab alio vi detentus fuit quaſi ſervus. nempe ut, quod amiſit deſtitutus agendi facultate, dum in ſervitute fuit, per in integrum reſtitutionem recipiat hoc Edicto. Plane ait Ulpianus *l. 12. h. t.* quod is qui de ſtatu ſuo litigat, hoc Edicto non continetur, ex quo lis inchoata eſt; id eſt, ex quo lis eſt ordinata: quia inde, etſi ſervus ſit, pro libero habetur, ac poteſt agere, cum adverſus alios, tum adverſus dominum *l. 24. D. & l. 14. C. de liberal. cauſ.* & ſi non fuit ſua libertate uſus, & damnum paſſus; non prodeſt ei hoc Edictum. cæterum, quamdiu lis cœpta non eſt, tamdiu eſt in ſervitute, & hoc Edicto continetur. De eo quæſitum fuit, ſi quis ſervus domini teſtamento liber & heres inſtitutus, aliquid geſſit poſt factum quidem teſtamentum, ſed ante mortem domini: Hæc quæſtio proponitur *l. 13. h. t.* in qua ait Paulus, Labeonem recte exiſtimaſſe, eum qui liber & heres inſtitutus ſit, Edicto non contineri, antequam heres eſt, id eſt, ante domini mortem. primum, quia ante nondum liber, ante non habuit bona. deinde loquutus Prætor fuit de hominibus liberis: non etiam de ſervis. aliud in filiofamilias putat Paulus, utique ſi habeat caſtrenſe peculium *d. l. 13. §. 1.* ſub quo & quaſi caſtrenſe intelligi poteſt. præter hæc enim jure Pandectarum nec filiusfamilias magis proprium habebat, quam ſervus.

Ut ſupra dixi, hac parte Edicti etiam ſubvenitur *ei qui in hoſtium poteſtate fuit.* Talem vero Calliſtratus *l. 14. h. t.* interpretatur ab hoſtibus captum. an & transfugas? minime. Transfugis, inquit Calliſtratus, nullum credendum eſt beneficium tribui, quibus negatum eſt poſtliminium. cæterum putat Calliſtratus, non valde opus fuiſſe hac Edicti clauſula: quin potuiſſe eos qui in hoſtium poteſtate eſſent, illa contineri Edicti parte qua Prætor loquitur de his qui in ſervitute fuerint. Sic Calliſtratus. an vere, neſcio. niſi placet, eum qui in ſervitute eſt, non utique eſſe ſervum. at ſervum etiam in ſervitute eſſe, vix negari poſſe. utcumque erit: quid novum, dubitationis tollendæ gratia, aliquando in Edictis poni alioquin non neceſſaria *l. 1. §. 7. D. de Ædilit. Edict.*

Deinde in Edicto ſubjecit Prætor, *Poſteave.* Hæc vox deeſt in Florentino exemplari: ſed ſervarunt eam editiones pleræque aliæ; atque eo verius: quia eam vocem tamquam Edicti interpretatur Ulpianus *l. 15. §. 3. h. t.* quærit certe, quomodo ſit accipiendum, quod ſimpliciter Prætor edixit, *Poſteave.* nam ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio (de quo verbo D. Dukerus, vir doctus *Not. ad Opuſc. De Latin. Vet. Juriſc. p. 436.*) ante abſentiam, finita autem reverſo; poteſt dubitari, an & quamdiu locum habeat reſtitutionis auxilium. ea quæſtio eſt propter verbum, *Poſteave:* quo ſimpliciter uſus eſt Prætor. ſed putat Ulpianus, eſſe temperandam verbi latitudinem; ut abſurditate careat: & adjuvandum abſentem, poſtquam reverſus eſt, non quandoque, (id eſt, non quandocumque)

ſed ita demum, ſi intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit, id eſt, dum hoſpitium quis conducit, ſarcinulas componit, quærit advocatum. nam (id eſt, plane, cæterum: ut alibi ſæpius) eum qui differt, non eſſe audiendum, Neratius ſcribit. Et eſt ratio, quam in *l.* 16. *h. t.* ſubjicit Paulus: quod non negligentibus ſubvenitur, ſed neceſſitate rerum impeditis. totumque illud arbitrio Judicis temperabitur: id eſt, ut ita demum reſtituat, ſi non negligentia, ſed temporis anguſtia non potuerunt litem conteſtari.

Sequitur in Edicto: *Sive cujus actionis eorum cui dies exiſſe dicetur.* Ex his verbis apparet; quod Prætor ex ſuperioribus cauſis in integrum reſtitutionem promittit non modo, ſi alicujus quid de bonis (id eſt, de ejus dominio aut quaſi dominio) uſucapione ſit deminutum: ſed etam ſi cujus actionis dies exierit, id eſt, ſi cujus debitor liberatus ſit eo, quod ejus actio ſua die non ſit inſtituta. Imp. Alexander utrumque (etſi tantum attingit caſum abſentiæ, quia de hoc ſolo, ut quidem mihi videtur, erat conſultus) in *l.* 2. *C. de reſtit. milit.* ſic exprimit. *Si quid de bonis eorum qui reipublicæ cauſa abſentes ſunt, deminutum eſt, actioneve qua competente eis aliquis liberatus fuit, in integrum reſtitutio perpetua juriſdictione intra annum utilem permittitur.* Illud miror: quod uterque, & Prætor, & Alexander, a bonis ſeparat obligationes: cum hæ æque ſint in abſentis bonis, ac dominia & quaſi dominia; nec minus quid de bonis deminuatur, ubi dies actionis in perſonam exit, & tempore liberatur debitor, quam cum quid uſucapitur, & præſenti dominium adquiritur. Sed minime inſolens eſt, quæ eodem redeunt, a Veteribus ſeparari plenioris intellectus gratia.

Æque mirere: quod Edicti verba tantum de reſtituendo damno loquuntur; non etiam de reſtituendo lucro. ſic enim ſonant: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, ſive cujus actionis dies exiſſe dicetur.* & tamen Veteres hanc indulgent reſtitutionem non modo propter damnum, ſi quod incidit, ſed etiam ob lucrum, ſi quod periit: nec curant, quod magis ſic nihil adquiritur, quam quid de bonis deminuitur: Edicti verba ſpectantibus. Sed mihi videntur Veteres crediſſe, non alienum eſſe a benignitate Prætoris; ut abſenti, verbi gratia, æque in lucro atque in damno ſuccurratur: certa ejus mente, omni modo providere, ne cui ulla via obſit, quod abfuit reipublicæ cauſa. Præit Paulus *l.* 27. *h. t.* verba Pauli. *Et ſive quid amiſerit, vel lucratus non ſit, reſtitutio facienda eſt: etiamſi non ex bonis quid amiſſum eſt.* Sic Paulus; &, ut videtur, infinite. Non tamen hoc voluit Paulus. Quo argumento? claro & certo ex *l.* 18. *h. t.* conjungenda cum *d. l.* 27. ſicut ei cohæſit olim; cum utraque ſit ex eodem libro XII. Ad Edictum. Quid ibi? ſic ait: *Sciendum eſt, quod in his caſibus reſtitutionis auxilium majoribus damus in quibus rei duntaxat perſequendæ gratia queruntur: non cum & lucri faciendi ex alterius pœna vel damno auxilium ſibi impertiri deſiderant.* Pauli ſenſus eſt, Quod modo dictum, Prætorem majoribus auxilium ferre non ſolum, ne damnum habeant ob caſus in Edicto expreſſos; ſed etiam, ne perdant lucrum quod habuiſſent, niſi tales extitiſſent caſus: non in omni lucro procedere; ſed dumtaxat, ſi id ſine alicujus pœna aut damno petant magis rei ſuæ perſequendæ gratia: qualis eſt caſus in *l.* 17. §. 1. *h. t.* cæterum ſi ſperent, lucrum habere demum ex alterius pœna aut damno; in hoc eos reſtitui, non placere. Sic cenſeo. & exemplum lucri quod petatur ex alterius pœna, eſt in *l.* 37. *D. de minoribus:* ejus vero quod ſit ex alterius damno, eſt quod accipitur ex uſucapione. Scio: inventa hæc eſt bono publico, ſed nihilominus conjuncta cum damno negligentis inquirere in res ſuas. hanc igitur ſi inchoaverit bonæ fidei poſſeſſor, ſed non potuerit implere propter ſuperiores cauſas; non eſt in integrum reſtitutio: quia ut lucrum facere poſſit, impleta uſucapione; tamen non petit a Prætore auxilium ſine damno domini. Papinianus *l.* 20. *h. t.* ſic effatur: *Nec utilem actionem ei tribui oportet: cum ſit iniquiſſimum, auferre domino quod uſus non abſtulit. neque enim intelligitur amiſſum quod ablatum alteri non eſt.*

Antequam diſcedam a priore Edicti parte, qua Prætor abſenti ſubvenit adverſus præſentem, non debui omittere, quod tam late patent Edicti verba: ut ei qui coactus abſit ex cauſis Edicto expreſſis, in integrum reſtitutionem indulgeant ſine exceptione, ſive habuit procuratorem, ſive non habuit: non enim diſtinguunt. Idque obſervavit, niſi fallor, Ulpianus *l.* 26. §. 9. *h. t.* & recte: nam ſi rem ſpectamus: quid imputetur ei qui non reliquit procuratorem: cum non ſuo abeſt arbitrio, ſed coactus, præter opinionem; eoque non potuit de procuratore deliberare, aut non habuit ejus conſtituendi facultatem. Longe aliter ſe res habet; ſi voluntaria, aut præviſa ſit abſentia: qualis eſt quæ ſtudiorum cauſa, aut a relegato, ſuſcipitur. licet enim vel has ob cauſas reſtitutio fiat ex generali Edicti clauſula, de qua poſtea: tamen poteſt læſo utraque objici in ſpecie; cur ſciens ſe abfuturum, & habens tempus ad ordinandas res ſuas, domi non reliquerit procuratorem, per quem eas tueretur. Si tamen hi reliquerint procuratorem, & is non egerit, vel ſit mortuus; dum alter ſtudiorum, alter relegationis, cauſa abeſt: ne ſic quidem fuerit iniquum, audiri illos: quibus jam nil poteſt imputari, quod neque per ſe, neque per procuratorem, defenduntur: atque ita quoque Ulpianus *d. l.* 26. §. 1. & *l.* 28. *h. t.*

Ex-

Expoſita eſt prima Edicti pars: ſequitur altera in hæc verba. *Item, ſi quis quid uſu ſuum feciſſet, aut quod non utendo amiſſum ſit* (ita legendum, *non amiſit:* ut liquet ex *l.* 21. *h. t.*) *conſecutus: actioneve qua ſolutus ob id quod dies ejus exierit, cum abſens non defenderetur: inve vinculis eſſet, ſecumve agendi poteſtatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magiſtratus de ea re appellatus eſſet, ſive cui per Magiſtratus* (ſic ſcripſi ex *l.* 26. §. 4. *h. t.* cum paſſim edatur, *pro Magiſtratu*) *ſine dolo ipſius actio exempta eſſe dicetur.* Hanc clauſulam Prætor inſeruit, ut quemadmodum ſuccurrit ſupraſcriptis perſonis, ne capiantur, ita & adverſus ipſas ſuccurrit, ne capiant *d. l.* 21. Et erit notandum; quod plus Prætor expreſſit, cum adverſus eos reſtituit, quam cum ipſis ſubvenit. nam hic non certas perſonas enumeravit, adverſus quas ſubvenit, ut ſupra, ſed adjecit clauſulam qua omnes qui abſentes non defenduntur, complexus eſt *d. l.* 21. §. 1. Erat vero æquitatis, ne abſentia qualiſcumque, ſive juſta, ſive injuſta, alicui proſit cum aliena injuria: & contra, ne in integrum reſtitutio læſo concedatur propter abſentiam aliam, quam probabilem aut neceſſariam. Interim ut in ſuperiore, ſic in hac, parte duo deſiderantur. primum adverſarii abſentia, vel ut in vinculis fuerit, vel contumax, vel Magiſtratus. deinde ut eas ob cauſas ex bonis quid exierit.

Fit igitur hac parte reſtitutio primum, ſi reipublicæ cauſa abſens, uſucapiebat rem meam; nec ego poteram agere: quia nemo erat ejus defenſor. fit deinde, ſi præſens non utendo amiſi uſumfructum, verbi gratia, & abſens non defendebatur. tertio fit, ſi abſens qua temporali actione ſit liberatus, dum nemo vult eum defendere. addit Ulpianus *d. l.* 21. §. 2. quod hæc reſtitutio, quatenus ad uſucapionem, obtinet; ſive per ſe, ſive per ſubjectas ſibi perſonas, qui abſentes ſunt, uſucapiebant. unum exigitur eo in caſu & in cæteris; ut non ſit defenſor. nam (ut ait Paulus *l.* 39. *h. t.* reſpicit enim ad hanc partem) *is qui reipublicæ cauſa abfuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens reſtitui non auditur.* Inde quæſitum fuit, quis dicatur defendere? vix opus erat moneri, quod ſi ſit procurator habens mandatum, videtur defendere *d. l.* 21. §. 2. ſubjicit igitur Ulpianus §. ſequente, etiam defendi eum cujus defenſor ſe ingerit, id eſt, ſe ſponte ſine mandato offert defenſioni. amplius, inquit, defendi, ſi qui requiſitus ab actore, non eſt defenſioni defuturus: plenaque defenſio accipitur, ſi & judicium non detrectetur, & judicatum ſolvi ſatiſdetur. Ergo non aliter locum habebit hoc Edictum, quam ſi amici ejus interrogati fuerint, an defendant, aut ſi nemo ſit qui interrogari poteſt: oportetque ea teſtatione complecti. *l.* 22. *h. t.* Aliquis dicat: quid opus reſtitutione hac in parte? nam ſi abſens non defendatur, poteſt peti miſſio in bona ex primo decreto; &, ſi latitet, etiam ex ſecundo. Sed huic ſcrupulo dupliciter reſpondet Ulpianus *d. l.* 21. §. 2. *verſic. Cæterum.* Primum ait, in hoc Edicto non utique quæri de latitante, ſed de abſente, quamvis juſta ex cauſa. deinde ait; quod creditor adverſus abſentem facile quidem impetrat decretum primum; ſed non æque facile impetrat ſecundum. quin ex primo decreto ſolam accipit cuſtodiam, ſeu detentionem: per quam non fit ſecurus creditor; cum per eam non interpelletur uſucapio. Nec hoc omittendum credidit Paulus *d. l.* 22. §. 2. Labeonem cenſere, hac parte Edictum etiam ad furioſos, & infantes, & civitates, ſi non defendantur, pertinere.

Satis de reſtitutione quæ fit, ſi abſens non defendatur. at non hoc fine ſubſtitit Prætor. præterea promiſit reſtitutionem, *Si quis eum in vinculis eſſet*, præſentem uſucapione, verbi gratia, læſit. ſcripſit ad hunc articulum Ulpianus *l.* 23. *pr.* §. 1. 2. 3. *h. t.* & addi poteſt Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 17.

Porro ait Prætor, *Secumve agendi poteſtatem non fecerit.* Hæc verba eo pertinent; ut intelligamus, reſtitutionem hac Edicti parte etiam concedi adverſus eum qui præſens non faceret ſecum agendi poteſtatem, quo facilius uſucapio impleretur, vel dies actionis temporalis exiret, ſi non haberet defenſorem. ita Ulpianus *d. l.* 23. §. 4. ubi tamen obſervandus eſt verſus, *Nec enim ſufficit ſemper.* Nam hoc verſu Ulpianus tacite occurrit objectioni quam facere poterat aliquis: arbitratus, non eſſe cauſam, cur hic ſit reſtitutioni locus: poſſe enim actori conſuli Edicto Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur; de quo *l.* 7. §. 1. *D. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Sed reſpondet Ulpianus, id Edictum loqui de latitante: & facile incidere cauſas; cur quis non videatur latitare. præterea, ſi latitet, poſſe fieri, ne Edictum procedat. exempla ſunt in *d. l.* 23. §. *ult. l.* 24. *l.* 25. *l.* 26. *pr. h. t.*

Sequitur in Edicto: *Aut cum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur, cum Magiſtratus de ea re appellatus eſſet.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 26. §. 2. *&* 3. *h. t.*

Pergit Prætor: *Sive cui per Magiſtratus* (ita legendum, non, *pro Magiſtratu*, ut modo dixi ex *d. l.* 26. §. 4.) *ſine dolo ipſius actio exempta eſſe dicetur.* Hoc quo, vide *d. l.* 26. §. 4. *& ſeqq.*

Sequitur tertia Edicti pars. *Item, ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam.* Hæc clauſula (inquit Ulpianus *l.* 26. §. 9. *h. t.*) Edicto inſerta neceſſario eſt: & præfatur, quod potuerunt multi intervenire caſus qui deferant, (id eſt, qui poſſint deferre) reſtitutionis auxilium: nec in priore aut poſteriore Edicti parte (ad utramque enim hæc pertinet clauſula) ſingulatim potuerunt enu-

Digitized by Google

enumerari. igitur placet ei, quoties æquitas ſuggerit reſtitutionem, ad hanc clauſulam deſcendere. res exemplis aliquot fiet clarior. Unum tale eſt: Aliquis cum fungeretur legatione pro civitate, læſus eſt abſentia. is reverſus, petit a Prætore reſtitui: quod dicit, ſe abſuiſſe reipublicæ cauſa. an recte? poterat dubitari: quia eſt una Populi Romani reſpublica: cæteræ civitates privatorum loco habentur *l. 16. D. de verb. ſign.* Atqui dicitur quoque reſpublica civitatis, & ſimpliciter reſpublica quæ eſt civitatis aut municipii. non opus exemplis: occurrunt paſſim. Hoc tamen abuſive fieri, Ulpianus auctor eſt *l. 15. d. t.* Nihilominus ſi quis abfuerit a ſua civitate legatus: putat Ulpianus *d. l. 26. §. 9.* æquiſſimum eſſe, eum reſtitui: non ex priore Edicti parte: ſed ex generali clauſula, *Item, ſi qua mihi alia juſta cauſa eſſe videbitur.* Nam licet proprie non abfuerit reipublicæ, id eſt, Urbis Romæ, cauſa: eſt tamen eadem ratio quæ foret; ſi ab Urbe Roma ejus cauſa abfuiſſet. itaque addit Ulpianus, (quo forte & reſpicit Paulus *l. 8. h. t.*) etiam ſæpiſſime eſſe conſtitutum, adjuvari eum debere: atque indiſtincte, ſive habuit procuratorem, ſive non. de quo in anteceſſum dixi. Simile putat Ulpianus *d. §. 9.* ſi quis teſtimonii cauſa ſit evocatus ex qualibet provincia, vel in Urbem, id eſt, Romam, vel ad Principem. etſi enim nec hic abſit reipublicæ cauſa, tamen æque coactus abeſt, ac ſi reipublicæ cauſa abeſſet. ideoque non minor fuerit æquitas eum reſtituendi, quam futura eſſet, ſi reipublicæ cauſa abfuiſſet. Idem dicit Ulpianus *d. loc.* de his qui cognitionis gratia, vel appellationis, ſunt peregrinati: & generaliter, quotieſcumque quis ex neceſſitate, non ex voluntate abſuit, oportere ei ſubveniri. imo Ulpianus *l. 28. h. t.* latius porrigit indulgentiam Prætoris. quid enim, ſi quis ſtudiorum cauſa abſens & læſus ſit, forte mortuo procuratore? an poterit reſtitui? non poteſt videri ex neceſſitate abfuiſſe. contra abſuit ex voluntate. interim abfuit ex cauſa maxime probabili. putat igitur Ulpianus, adhuc deliberare debere Prætorem, an ei ſubvenire debeat, ne decipiatur per juſtiſſimam abſentiæ cauſam. Eſt & alius caſus *§. 1. d. l. 28.* Aliquis fuit ſub fidejuſſorum datione; & eſt propterea captus ſeu læſus, quod de loco recedere non poteſt: id eſt, promiſit, ſe de loco quo eſt juſſus ſiſti, non deceſſurum. is eo nomine dedit fidejuſſorem; & uterque ſe obligavit ad pœnam certam. quæritur, an ei danda ſit in integrum reſtitutio. forte dices: non eſt ſub cuſtodia; nec magis eſt in vinculis. quid, ſi tamen non poteſt decedere de loco, ob metum pœnæ? putat igitur Ulpianus, deficere quidem verba primæ & ſecundæ partis Edicti; ſed non deficere generalem clauſulam, *Item ſi qua mihi alia juſta cauſa eſſe videbitur.* proinde, inquit, & reſtituetur, & adverſus eum reſtituetur. Longius res abiret: ſi exequerer omnia. ſunt enim plura *l. 26. §. 1.* & alibi ſub hoc Titulo, item *l. 1. §. 9. D. de itin. act. priv.* Non ſilebo tamen, quod ſolet quæri, & anxie: an huc pertineat querela dicentis, ſe rem ſuam præſcriptione decem, viginti, aut triginta, annorum amiſiſſe probabili errore ſeu juſta ignorantia. Hoc a multis ſeculis ſedet Interpretibus pleriſque magni nominis. at mihi videtur a ratione juris plane alienum. Primum ait Juſtinianus in fine *l. ult. C. de præſcript. long. temp.* præſcriptionem longi temporis procedere, nulla ſcientia vel ignorantia exſpectanda. at ſi in integrum reſtitutio adverſus eam præſcriptionem daretur ex cauſa ignorantiæ: utique in ea, ut procederet, aut adeſſe ſcientiam, aut non adeſſe ignorantiam oporteret. Accedit, quod idem Imperator *l. unic. C. de uſuc. transform.* ait, fuiſſe olim jus impletæ uſucapionis, ut dominis ad res ſuas nullus ſervaretur regreſſus, etſi neſcientibus: idemque hodie cuſtodiri, transformata uſucapione, & ampliato temporis ſpatio. Inſuper conſtituere Honorius & Theodoſius *l. 3. C. de præſcr. trig. vel quadr. ann.* longiſſimi temporis præſcriptionem (nam de ea agunt) ſine diſtinctione nocere omnibus: dumtaxat excepta pupillari ætate: ita nec militiam excuſare, nec abſentiam, nec ſexus fragilitatem. qui igitur excuſabit ignorantia? Ut hæc mittam: quis ignorat, uſucapionem, præſcriptionemque non eſſe inventam adverſus ſcientes, ſed contra ignorantes & imprudentes: ſcientibus & intelligentibus numquam paſſuris, res ſuas ab aliis poſſideri, & uſucapi. proinde, ſi quis ſuſtineat, ignoranti ſuccurrere adverſus uſucapionem, præſcriptionemve: quid futurum erit; niſi ut enervetur jus uſucapionis, præſcriptioniſve, magno cum reipublicæ detrimento: cujus intereſt, certa eſſe rerum dominia, & aliquando litibus adferri finem: ideoque unumquemque in res ſuas inquirere, aut alioquin eas, non minus ſua negligentia, quam ſua voluntate, amittere. At etiam eſt generalis hujus Edicti clauſula: ſua latitudine tam juſtam ignorantiam, quam juſtam abſentiam complexa: pari præſertim utriuſque ratione. Sed videamus, ne hæc comparatio non ex vero ducat colorem. nam abſentem facile excuſat neceſſaria aut probabilis cauſa: at ignorantia proficiſcens a negligentia in res ſuas non inquirentis, quam meretur veniam? plane nullam. Niſi ex *l. 1. §. 9. D. de itin. act. priv.* & *l. 35. D. de ſerv. ruſtic. præd.* poteſt dici, quod impedito uti ſervitute non currit præſcriptio: certe oportet eum reſtitui ex generali hujus Edicti clauſula. At ea loca loquuntur de juſto & inevitabili impedimento quod natura adferat: præſens autem quæſtio eſt de ignorantia cui cauſam præbuit negligentia, diligente inquiſitione evitabilis, & in jure quod vigilantibus ſcribitur, numquam probabilis. Ejuſdem farinæ

eſt

Digitized by Google

eſt: quod ex *l.* 1. §. 2. *C. de annal. except.* dicitur, non valenti agere non currere præſcriptionem. Nam ea lex loquitur de impedimento non facti, ſed juris. Illud vix dignum refutari, quod hic præterea jactatur de æquitate adverſus rigorem Juris obſervanda. Non enim bonus & ſapiens Juriſconſultus, quam in republica vocamus æquitatem, umquam æſtimat opportunitate hujus aut illius privati hominis; ſed communi civitatis utilitate. Tryphoninus *l.* 31. *D. Depoſiti* dicit, non ex mero jure gentium, ſed ex præceptis civilibus & prætoriis. Verum juſtus error in *l.* 2. *D. de in integr. reſtit.* numeratur inter cauſas petendæ in integrum reſtitutionis. Non inficior. ſed is juſtus error non eſt qualis qualis, ſed qui poteſt merito cadere in hominem conſtantiſſimum. eſt ejus exemplum §. 33. *Inſt. de actionib.* & *tit. D. Quod falſ. tut. geſt. erit.* qualis error non eſt ille quo de noſtra eſt diſputatio.

Vidimus cauſas ex quibus hæc in integrum reſtitutio majoribus a Prætore promittitur. porro quid reſtituatur, diſputemus. Ait Prætor: *Earum rerum actionem reſtituam.* Igitur reſtituitur a Prætore actio, Juris Civilis ſubtilitate amiſſa. fit autem ea reſtitutio non directo, ſed adhibita fictione: ut ſolent Prætores, Juris duritiem colore aut fictione emollire. hunc morem pluribus demonſtravi *lib.* 3. *Probabil. c. ult.* & ſupra hoc Opere in expoſitione Juris ſcripti *Tit.* 1. *lib.* 1. *pag.* 9. In præſentia eum attingit Juſtinianus §. 5. *Inſt. de action.* ait enim, quod re præſentis uſucapta ab abſente qui domi non reliquerat defenſorem, non poteſt quondam dominus Jure Civili vindicare rem: cujus dominus, etſi nulla ſua culpa, uſucapione eſſe deſiit. ſed hoc cum durum atque iniquum eſſet, reſcindit, id eſt, negligit, Prætor uſucapionem, tamquam nondum impletam; eoque colore patitur, rem uſucaptam, quaſi in bonis veteris domini manſiſſet, ab eo peti actione in rem, quam Jure Civili non habebat. inde ea actio dicitur reſciſſoria: quia reſciſſa uſucapione datur *l.* 28. §. *pen. & ult. h. t.* dicitur etiam utilis *l.* 20. *d. t. & l. ult. C. eod. tit.* quia directa per uſucapionem extincta Jure Civili, non poteſt a Prætore dari; ne faciat adverſus leges: quod nolle ſe profitetur verſu ultimo hujus Edicti, & notatur *l.* 28. §. 2. *h. t.* Nil tamen vetat, a Prætore concedi utilem, uſucapione, ut dixi, reſciſſa hoc colore, quaſi nondum fuerit impleta. Simile accidit, ſi exierit dies perſonalis actionis: non enim poteſt hac quæ extincta ſit, agi Civili Jure. ſed ſi petam reſtitui: fingit Prætor, non exiiſſe diem qui jam exiit. ita cum non poſſum Jure Civili agere actione directa, Prætor utilem mihi indulget Jure Prætorio: hoc colore, quaſi dies nondum exierit. Inde quæſitum fuit, utrum hic ſit duplex judicium, unum reſcindens, alterum reſciſſorium, an ſimplex. quæſtio ea nata eſt ab ignorantia antiqui Juris: quo in omnibus ſpeciebus juris ordinarii quodammodo videbatur duplex eſſe judicium. unum in jure, alterum in judicio, vertebatur. ſed nihilominus una actio, unumque judicium, dicebatur. in jure poſtulabatur actio & Judex: deinde de facto apud Judicem diſceptabatur. Sic olim jus fuit, etiam hoc in caſu: donec ipſi Magiſtratus extra ordinem intervenere ex *l.* 2. *C. de pedan. judicib.* inde ſimplex eſſe cœpit agendi forma, hoc fere exemplo: Cum abeſſem reipublicæ cauſa, uſucapta a præſente eſt res mea. reverſus peto reſtitui in integrum: id eſt, reſciſſa uſucapione, mihi indulgeri utilem rei vindicationem. judicat Magiſtratus, an abfuerim reipublicæ cauſa, & an ea re læſus ſim.

Quidquid eſt: reſtituitur a Prætore amiſſa actio. imo interdum inſtituitur nova quæ ante non fuit. finge: (quod eſt exemplum *l.* 17. §. *ult. h. t.*) relictum alicui eſt legatum in annos ſingulos quibus fuerit in Italia. ille per aliquot annos ab Italia abſuit reipublicæ cauſa. non debentur illi annua, deficiente legati conditione. an poteſt reſtitui in integrum? non videtur ſubtili jure. nam Edictum loquitur de reſtituenda actione quæ exiit. at hic nulla fuit, deficiente conditione, cum non fuerit in Italia. obtinuit tamen, eum reſtitui, perinde quaſi in Italia fuiſſet. quod ſi eſt; datur nova quaſi ex mente Prætoris; cum non fuerit vetus. & recte, quid enim intereſt, utrum abſentia reipublicæ cauſa illi abſtulerit actionem quæ erat; an impediverit, ne naſcatur nova: uno Prætoris propoſito, ne quid damni habeat abſens.

Reſtituit igitur Prætor ei qui non poſſidet, actionem. An & ei qui poſſidet, exceptionem? at de ea nihil edixit Prætor. tantum meminit actionis. ſic enim loquitur, *Earum rerum actionem reſtituam.* Interim ſub actione ſæpe continetur exceptio: & cui damus actionem, ei multo magis damus exceptionem *l.* 156. §. 1. *D. de reg. juris.* id in propoſito fieri, obſervat Ulpianus *l.* 28. §. 5. *h. t.* ſpecies talis eſt. Cum abeſſem reipublicæ cauſa, tu uſucepiſti fundum meum. reverſus recepi poſſeſſionem ſine vitio, ut poteſt fieri juſta ex cauſa. tu eum vindicas jure dominii. an poſſum te removere exceptione, Extra quam ſi eum uſucepiſti, cum abeſſem reipublicæ cauſa. Dubitatio eſt, quod Prætor nihil dixit de exceptione. Ait tamen Ulpianus, quod exemplo reſciſſoriæ actionis etiam mihi competit exceptio. id vero ſignificat, quod ea exceptio mihi demum competit, impetrata in integrum reſtitutione, cauſa cognita. quomodo de minore dicitur *l.* 9. §. 4. *D. de jurejurando.* & tamen obſervandum, quod iſto in loco non diſputatur de exceptione minoris, etſi appelletur exceptio: ſed de replicatione: atque ea ibi eſt temporalis; cum in propoſita ſpecie exceptio, etſi reſciſſoria, ſit perpetua: ſcilicet, quia actor in ſua poteſtate habet, quando ſuo

R jure

jure utatur. is autem cum quo agitur, non habet poteſtatem, quando conveniatur *l.* 5. §. *ult. D. de dol. mal. & met. exc.* Non obſtat: quod in *l. ult. C. h. t.* ſic ſcribitur: *Exemplo utilis actionis quæ in integrum reſtitutis datur, cum exceptionis annuæ (quæ huic objici ſolet) objectu res vindicare non prohiberis.* Eſt enim ejus loci ſenſus, quod actio in rem utilis, ſive reſciſſoria, a læſo debet peti intra annum, & ſi deinde petatur, peti ſero: quia poteſt ei objici exceptio annua; id eſt, exceptio, Extra quam ſi in integrum reſtitutio ex forma hujus Edicti, ut oportuit, non eſt intra annum petita.

Ait igitur Prætor, *Reſtituam.* Utrum in perſonam tantum, an etiam in rem? & puto, in rem quoque: Prætore omni modo agente; ne damnum faceret abſentia reipublicæ cauſa. ut vero id obtineat ſalva ratione juris: fingit, nondum impletam eſſe uſucapionem quæ re vera impleta eſt; eoque colore, quaſi domino, qui non eſt dominus, Jure Prætorio concedit actionem in rem utilem adverſus qualemcumque poſſeſſorem: ſicut ante uſucapionem habebat directam Jure civili. §. 3. & 5. *Inſt. de action.* exemplum in *l.* 17. *h. t.* eſt & aliud *l.* 30. *pr.* & §. 1. *d. t.* Hoc quoque eſt conſequens verbo, *Reſtituam:* ut Prætor, læſum reponens in eo ſtatu in quo fuit, antequam læderetur, ei non concedat plus, quam tum habuit, monſtrantibus exemplis *l.* 26. §. 7. & 8. *item l.* 41. *h. t.*

Vice quoque verſa ei non concedit minus. tantum enim vult, omnem ejus cauſam redintegrari. proinde reſtitui fructus totius temporis: quo læſus non potuit experiri *l.* 28. §. *ult.* & *l.* 29. *h. t.*

Porro ait Prætor, *Earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit, reſtituam.* Significat autem annum utilem. atque is ita nominatur *l.* 2. *C. de reſtit. milit.* Qua ratione, cum ſit rei perſecutoria? Sed videtur ideo dari intra annum: quia datur ad reſciſſionem Juris Civilis *l.* 35. *D. de oblig. & act.* una exceptio *l.* 31. *h. t.*

Datur igitur hæc actio intra annum. de cujus computatione agit Ulpianus in *l.* 28. §. 3. *h. t.* cæterum eſt annus utilis a Juſtiniano converſus in quadriennium continuum *l. ult. C. de temp. in integr. reſt.*

Poſtrema Edicti clauſula eſt, *Quod ejus per Leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, Edicta, Decreta Principum, licebit.* Ad hanc clauſulam Ulpianus *l.* 28. §. 2. *h. t.* verbum autem, *Quod,* eſt, quoad, vel hactenus, vel eo uſque dum licebit: ut in *l.* 13. *D. de exception.*

TITULUS VII.

De alienatione judicii mutandi cauſa facta.

EXPOSITIS quinque cauſis in integrum reſtitutionis de ſex quas collegit Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 15. ex eoque & Ulpiano enumeravit Tribonianus *l* 1. & 2. *D. de in integr. reſtit.* merito exſpectes ſextam quæ eſt juſtus error: niſi ejus exemplum a Veteribus hoc loco explicitum, Tribonianus in compoſitione Pandectarum transtuliſſet in Tit. VI. lib. XXVII: ut jam monui *d. Tit. De in integr. reſtit.* Ibidem adduxi etiam aliud exemplum juſti erroris ex §. 33. *Inſt. de actionib.* Sed hoc utrum proprio Edicto complexus fuerit Prætor, an Edicto antecedentis Tituli ſub clauſula, *Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur*, reliqui in medio: non aſſuetus dicere plus, quam ſcio. Edictum certe de eo ſpeciale non extat.

Igitur quo ducit ordo Pandectarum, pergo ad Titulum *De alienatione judicii mutandi cauſa facta:* qui a Veteribus, ſuadente juris ſimilitudine, ſubjectus fuit ſuperioribus cauſis in integrum reſtitutionis. Id conjicio ex Inſcriptionibus Fragmentorum Gaji, Ulpiani, & Pauli ſub hoc Titulo. & juvat, quod ex ea quoque cauſa in integrum reſtitutio fieri dicitur *l.* 3. §. 4. *D.* & *l. unic. C. h. t.* Interim hujus in *d. l.* 1. & 2. neque vola, neque veſtigium eſt: neque magis in propatulo eſt ratio. Niſi illa eſt; quod forma hujus in integrum reſtitutionis non per omnia eſt eadem ſuperioribus. nam cum in illis paſſim reſcindatur geſtum aut contractum; eoque redintegretur actio juris ſubtilitate amiſſa: hac noſtra neque alienatio judicii mutandi cauſa facta reſcinditur, neque actio amiſſa reſtituitur. tantum ei cui alienatio a poſſeſſore facta ſit mutandi judicii cauſa, ſi agere volet, ex ea negatur actio. contra hic qui ea læſus eſt, retinet directam rei vindicationem adverſus novum poſſeſſorem; ſicut adverſus veterem eam habuit ante alienationem. Proponitur tamen ei hoc Edicto adverſus alienantem nova in factum actio ad id quod ejus intereſt, talem alienationem judicii mutandi cauſa non eſſe factam, niſi priſtinam judicii cauſam arbitratu Judicis reſtituat. in quo poteſt videri imago reſtitutionis; etſi magis ſic inſtituatur nova, quam reſtituitur vetus actio. Sed hoc & alibi obſervatur in prioribus. Fuit autem ad hujus introductionem in primis neceſſaria Prætoris auctoritas: quando is cujus res alienata eſt judicii mutandi cauſa, de ea non alienanda cum ejus poſſeſſore nihil contraxit. ipſa quoque alienatio neque prohibebatur Jure Civili, neque pro delicto habebatur. interea non oportebat impunitam eſſe alienationem qua lædi videbatur dominus. placuit igitur Prætori, ne ejus cauſa ex alieno facto fiat deterior, tam negare effectum alienationis, quam indulgere in factum actionem adverſus alienantem ad id

quod

quod intereſt, eam alienationem non eſſe factam, niſi priſtinam judicii cauſam reſtituat arbitratu Judicis: id eſt, niſi in ſe ſuſcipiat utilem in rem actionem, perinde ac ſi poſſideret *l.* 1. *l.* 3. §. *fin. l.* 8. *b. t.*

Nunc venio ad Edictum: cujus rationem exponit Gajus *l.* 1. *b. t.* ſed non adſcribit verba; ne ſummam quidem, ſaltem integram. Quantum enim liquet, fuerunt duo Edicti Capita. Prius conceptum fuit in hæc verba: *Ne qua alienatio judicii mutandi cauſa fiat.* extant hæc in *l. ult. b. t.* quam, ut editur, adſcribam integram. verba. *Si quis judicii communi dividundo evitandi cauſa rem alienaverit, ex Lege Licinia interdicitur ei, ne communi dividundo judicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, & per hoc iterum ipſe recipiat. Sed ipſe quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo judicio ſi agere velit, non audietur. is vero qui emit, ſi experiri velit, ex ea parte Edicti vetatur, qua cavetur, Ne qua alienatio judicii mutandi cauſa fiat.* Male cohærere hæc verba, olim animadvertit Gulielmus Ranchinus, Vir doctus, *lib.* 3. *Var. lect. c.* 15. atque ea ſic reducit in ordinem. *Si quis judicii communi dividundo evitandi cauſa rem alienaverit, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, & per hoc iterum ipſe recipiat, ex Lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur. Sed ipſe quidem qui partem alienaverit, communi dividundo,* & reliqua. Sic Ranchinus: & aptius, quam Marcianus. Tamen, ſi me audies, nihil mutandum. eſt enim Synchuſis explicatione adjuvanda ſine correctione: cum in receptam lectionem, etſi duram, omnes conſentiant libri, & ſit hujuſmodi Synchuſis Veteribus ſatis frequens: ut antehac notavi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 26.

Alterum Edicti caput ſic confingo. *Si qua alienatio judicii mutandi cauſa dolo malo facta eſſe dicetur, neque priſtina judicii cauſa reſtituetur, adverſus eum qui alienationem fecerit; ei ad quem ea res pertinebit, quanti ejus intererit, alium adverſarium non habuiſſe, intra annum quo primum experiundi poteſtas erit, in factum actionem dabo.* Prima verba ſum mutuatus ex *l.* 8. §. 1. *b. t.* expuncta ibi ſyllaba, *ve*, in *quæve*, ſupervacua. Sequentia verba, *Dolo malo* extant in §. 3. *l.* 4. & indicat eorum ſenſum hoc Gaji *l.* 1. *Idque data opera in fraudem noſtram.* Illa, *Neque priſtina judicii cauſa arbitrio Judicis reſtituetur*, probat Paulus *d. l.* 8. & Gajus *l.* 3. §. *ult.* Porro *Anni* meminit Ulpianus *l.* 6. Cætera verba, *In factum actionem dabo*, item, *Ei ad quem ea res pertinebit*, & *Quanti ejus interſit, alium adverſarium non habuiſſe*, clarent ex *l.* 1. *l.* 3. §. 4. & 5. *item l.* 4. §. 5. & 6. *b. t.*

Hactenus de Conceptione Edicti: ſequitur interpretatio. Priore capite cautum fuit: *Ne qua alienatio judicii mutandi cauſa fiat.* Scilicet, ne hoc modo alicujus cauſa fiat deterior ex alieno facto *l.* 1. *b. t.* Et eſt obſervandum, quod Prætor non minatur, ſe alienationem judicii mutandi cauſa factam, non habiturum ratam: nam aliter conſuluit in Edicto Quod metus cauſa: in quo dixit, Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo. at in propoſito dumtaxat dixit, Ne qua alienatio judicii mutandi cauſa fiat. Igitur alienationem fieri vetat. factam non reſcindit. is tamen qui emit, ſi experiri velit, hac Edicti parte vetatur *l. ult. b. t.* non ſolito Prætore, auxilium accommodare ei a quo ſpernitur *l.* 37. §. 1. *in fin. D. de minorib. l.* 13. §. 1. *D. de damn. infect.* Prohibet igitur Prætor, *Ne qua alienatio fiat.* Eſt autem alienatio, omnis actus per quem dominium transfertur *l. unic. C. de fundo dotali.* Ea vero ut fiat, duo deſiderantur: unum eſt, ut dominium a domino abeat: alterum, ut ad alium veniat. alterutro deficiente, non fit alienatio: nec erit Edicto locus. pone, rem venditam, nondum traditam. quia adhuc manet in dominio venditoris, alienata non proprie dicitur: vendita recte dicitur *l.* 67. *D. de verb. ſignif.* nam ut commode præcipit Paulus, obligationum ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum faciat; ſed ut alium nobis adſtringat ad dandum aliquid *l.* 3. *D. de oblig. & act.* ſit igitur ita, ut dixi, quod traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur *l.* 20. *C. de pactis.* non eſt dubium, quin inſervientibus ſubtilitati Capitis, alienationem judicii mutandi cauſa prohibentis, non ſit ei locus, niſi amiſſo tranſlatoque rei dominio. Sed non ſubſtitere Veteres intra haſce anguſtias: intellecto Prætoris conſilio, omni modo proſpicere; ne alicujus cauſa ſpecie alienationis deterior fiat ex alieno facto. Nolo mihi credi: ſit fides Paulo *l.* 8. §. 2. *D. b. t.* ſic ſcribenti: *Alienare intelligitur etiam qui alienam rem vendidit.* Ex ſermonis forma eſt conjicere, Paulum in Edicti explicatione, poſtquam docuerat, *alienare* proprie eſſe, rem ſuam alteri tradentis ex cauſa ad dominii tranſlationem idonea, venditione, verbi gratia: mox quæſiviſſe, an etiam alienare intelligi debeat qui ex cauſa ad dominii tranſlationem habili rem alienam transferat. Erat hæc dubitatio, verbi proprietatem retinentibus, minime vana: explorato, rei dominium, etſi potuiſſet tranſire a domino tradita, hoc tamen in caſu non transferri. Sed mihi videtur Paulus magis de Prætoris fine, quam de verbi ſubtilitate, ſollicitus animadvertiſſe, tranſlata a non domino rei alienæ poſſeſſione judicii mutandi cauſa, adverſario æque noceri, ac ei noceretur, ſi dominium judicii mutandi cauſa in alium tranſiiſſet. ac proinde, quod conveniebat Prætoris providentiæ, interpretatus eſt, alienare eſſe, etiam transferre poſſeſſionem ex cauſa ex qua dominium, ſi a domino traderetur, tranſiturum foret. Nec tantum Paulo illa placuit

æquitas: ſed etiam Pedio apud Ulpianum *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* interpretanti, *Non ſolum ad dominii tranſlationem hoc Edictum pertinere: verum ad poſſeſſionis quoque*. Sic Pedius: nec ſine cauſa ſane optima. ea cauſa eſt: *Alioquin, cum quo in rem agebatur, ſi poſſeſſione ceſſerit, non tenebitur*. Senſus Pedii: Si alicui contra placeat, vim Edicti ejus verbis metiri; nec interim ad ejus finem penetrare, is longe errabit: palam effecturus, ut vix uſum habeat Edictum, quod a Prætore utile ac neceſſarium exiſtimatum eſt. Ain' vero? experiamur, ſi vacat. quid egit Prætor? niſi ut dominum, rem ſuam vindicaturum a non domino, adjuvaret, ne poſſeſſio Judicii mutandi cauſa cum domini injuria in potentiorem transferatur? hoc vero an impetrabit: ſi Edictum non haberet uſum adverſus poſſeſſorem rei alienæ qui ſolus convenitur rei vindicatione, & poteſt poſſeſſionem tradere alii; dominium alii cedere non poteſt.

Superiori dubitationi affinis eſt ſequens, ſervo judicii mutandi cauſa manumiſſo. nam ne manumiſſione quidem proprie fit alienatio, etſi dominus ea amittat ſervi dominium, cum non transferatur in alium. minumiſſo tamen ſervo res eodem redit, quo veniret, ſi dominium eſſet tranſlatum. dicamus igitur, vel hic alienationem fieri ex mente Prætoris; licet reſiſtat verbi proprietas *l.* 3. §. 1. *h. t.* Incurrit hic & illa inſpectio, an alienari videantur jura prædiorum? & putat Ulpianus *l.* 4. §. 4. *h. t.* Atqui non poſſunt tradi; cum ſint incorporalia *l.* 43. §. 1. *D. de adq. rer. dom.* Admittunt tamen quaſi traditionem *l. ult. D. de ſervitut.* quid ni igitur quaſi alienentur? id vero ſufficit: quia vel hoc modo, quod noluit Prætor, poteſt deterior fieri adverſarii conditio. Caderet & circa legata, heredisque inſtitutionem, dubitatio: niſi eam occupaſſet Paulus *l.* 8. §. 3. *h. t.* ſic ſcribens: *Heredem inſtituendo, vel legando, ſi quis alienet, huic Edicto locus non erit.* Recte: nam quia talis alienatio eſt prope neceſſaria, domino res ſuas utique morte relicturo: quid iniquum eſt, ei indulgeri ſolatii loco, ut in amicum quem ſua benevolentia non indignum arbitretur, transferat rem quam ipſe retinere nequit; nec idcirco credatur litem potius, quam rem transferre? nemine cum ratione futuras lites metuente, ubi nullus erit.

Prohibuit igitur Prætor, alienationem judicii mutandi cauſa fieri: & ut generalis eſt ejus ſermo; ita non refert, utrum ab actore an a reo, fiat alienatio, modo ea durior aut moleſtior objiciatur adverſarius. utrique certe parti peræque occurri, paritati rationis convenit. Exempla alienatonis a reo factæ ſunt complura *h. t.* eſt & factæ ab actore aliquod in *l.* 11. *h. t.* quæ eſt non indigna hic tractari. Proponitur Titius poſſeſſiones, id eſt, fundos, donaſſe militi. is miles poſtulabat ſuo nomine litigare de poſſeſſionibus: id eſt, conſulebat Prudentes; an poſſet, ſicut volebat, eas ſuo nomine vindicare utilibus forte actionibus: ut in *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* Ait Ulpianus, eſſe reſponſum, ſi donatio judicii mutandi cauſa fuerit facta, priorem dominum experiri oportere. Ulpianus ſignificat, putaſſe eos qui conſulti fuerant, Edicto locum eſſe, actore alienationem judicii mutandi cauſa faciente: ideoque fore prudentiæ, ſi ita ſe comparent Titius & miles, ne miles ſuo experiatur nomine: ſed prior dominus poſſeſſiones vindicet perinde, quaſi alienatio non eſſet facta: quia hoc modo creditur rem, illo litem tranſtuliſſe: altero offenditur Edictum, altero non. quin reſtituta poſſeſſori priſtina judicii cauſa, ei nihil relinquitur de quo queratur; cum jam ejus nihil interſit. Sic cenſeo; & obſervo, hoc reſponſum eſſe ex libris Opinionum Ulpiani: in quibus ille, quod & ſupra ſub Titulo *De procuratoribus* notavi, ſcripſit conſilia, ſive remedia, prudentiæ pro molliendo Juris rigore inventa, quæ a Modeſtino Eurematica appellantur. Hoc vero reſponſo, ſive conſilio, ſive remedio, duo efficiuntur: unum eſt, ut ſic poſſit prior dominus utiliter agere rei vindicatione: qua miles priore hujus Edicti Capite agere impeditur. alterum eſt, quod eo modo ſit; ut prior dominus evitet pœnam actionis in factum: qua, alienatione facta judicii mutandi cauſa, tenetur ſecundo Edicti Capite: niſi adverſario cujus cauſam ſecerat deteriorem, priſtinam judicii cauſam reſtituat *l.* 3. §. *ult. h. t.*

Vetat igitur Prætor, alienationem judicii mutandi cauſa tam ab actore, quam a reo, fieri. Nec magis refert ejus, qualia mutentur judicia: nam nec illa diſtinguit, utrum ſint in rem actiones, an ſint in perſonam, dum ſint in rem ſcriptæ, qualis eſt actio ad exhibendum *l.* 8. *h. t.* aut actiones mixtæ tam in rem, quam in perſonam, qualis eſt actio communi dividundo *l. ult. h. t. l.* 24. §. 1. *D. Commun. divid.* De actione mere perſonali dubitatur. ac movet hinc, quod debitor invito creditore non poteſt alium debitorem ſuo loco ſubſtituere. inde movet, quod creditori jus eſt, nomen alii cedere invito debitore *l.* 1. *C. de novat.* & Edictum vim ſuam æque exſerit, conſtituto duriore actore, quam duriore reo. Non igitur in mora eſt ratio, quo minus Edictum ex parte actoris pertingat ad perſonales creditores: eique cui ceſſa ſit talis actio, ea ex hoc Capite denegetur. Sed id viſum Jacobo Cujacio, V. CL. *lib.* 10. *Obſerv. c.* 3. Nec me vexat, quod in *l. unic. Ne lic. potent. patroc. litig. præſt.* & *l. pen.* & *ult. C. Mandat.* alia poſita ſunt remedia ad coërcendas nominum ceſſiones fraudulentas. Nam hæc ſunt poſteriorum temporum: nec impediunt, quo minus etiam Prætor adverſus eas ſuo modo ante conſuluerit.

Nondum abſolvi omnia: cum enim ait Prætor, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi cauſa:*

cauſa: adhuc ambigi poſſit, utrum ea verba de præſente, an de futuro, accipiantur? non enim vel hic diſtinguit Prætor. Sed mihi placet, de futuro accipere: quia præſertim Paulus *l.* 8. §. 1. *h. t.* ad hæc verba ſecundi Capitis, *Quæ alienatio judicii mutandi cauſa facta erit*, ſic ſcribit, *Id eſt, futuri judicii cauſa, non ejus quod jam fit.* Videlicet, nihil opus erat proſpicere judicio jam cœpto: quando res inde incipit eſſe litigioſa; ejuſque alienatione non mutatur judicium: quin perinde procedit, ac ſi res alienata non fuiſſet. quid, ſi interdicta quoque ejus alienatio fuerit? ita Papinianus *l.* 13. *D. Famil. erciſc.* & exceptioni locum facit Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de litig.* Similis aut major quæſtio eſt, quando potiſſimum videatur alienatio fieri judicii mutandi cauſa? Sed puto, tum fieri; ſi quis alienando rem alium nobis ſubſtituit adverſarium, idque data opera in fraudem noſtram. pone, oppoſitum alterius provinciæ hominem, aut potentiorem adverſarium, aut alium qui vexaturus ſit adverſarium. nam ſi cum eo qui alterius provinciæ eſt, experiar; in illius provincia experiri debeo; & potentioribus pares eſſe non poſſumus *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *h. t.* Sic liquet injuria, & dolus malus. Atqui Prætor ait, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi cauſa:* nec hoc Capite vel minimam doli mali facit mentionem. Sed viſum fuit Veteribus, perinde accipere Edictum, ac ſi doli mali meminiſſet: atque eo verius, quia in ſecundo Capite illum palam deſiderat: ut diſcimus ex *l.* 1. *&* *l.* 4. §. 3. *h. t.* quid, ſi intendentibus ad Prætoris mentem, non agit; ne alienatio fiat, cum erit judicium: ſed ne ideo fiat alienatio, ut judicium mutetur? improbat enim propoſitum alienandi non idcirco, ne res, ſed ne lis, transferatur eum in finem, ut moleſtior objiceretur adverſarius. ita non alienationes inhibet Prætor, ſed vexationes, prætextu alienationis cogitatas. Res loquitur: & explicandus hinc Ulpianus *l.* 4. §. 1. *h. t.* verba Ulpiani. *Itemque fieri poteſt, ut ſine dolo quidem malo deſierit poſſidere, verum judicii mutandi cauſa id fiat. ſunt & alia complura talia. poteſt etiam aliquis dolo malo deſinere poſſidere, nec tamen judicii mutandi cauſa id feciſſe, nec hoc Edicto teneri. neque enim alienat, qui dumtaxat omittit poſſeſſionem. non tamen ejus factum improbat Prætor: qui tanti habuit re cavere, ne propter eam ſæpius litigaret. hæc enim verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non eſt vituperanda: ſed ejus dumtaxat qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut moleſtum adverſarium pro ſe ſubjiciat.* Satis obſcura ſunt hæc verba & forte mutila illa: *Sunt & alia complura talia:* niſi mutarunt locum; aut ad ſequentia ſpectant. Utcumque erit: videtur eſſe Ulpiani ſenſus, Prætorem poſtulare, ut duo concurrant: primum, ut alienatio facta ſit judicii mutandi cauſa: deinde, ut ſit facta dolo malo: nec ei ſufficere alterutrum. fieri enim poſſe; ut quis habeat propoſitum mutandi judicii, quamvis nil agat dolo malo: & viciſſim fieri poſſe, ut agat dolo malo; licet non habeat animum mutandi judicii. Sit exemplum prioris caſus: ſi quis videns, ſibi fore rem cum pluribus, alicui cedat poſſeſſione, ne ſæpius debeat litigare. hæc verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non eſt vituperanda. præterea inviti non compellimur, in rem actionem pati *l. ult. D. de rei vindic.* ita non alienat, qui dumtaxat omittit poſſeſſionem, auctore Ulpiano *l.* 119. *D. de reg. jur.* quæ eſt conjungenda cum *d. l.* 4. §. 1. Simile exemplum eſt, ſi quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes neceſſarias, litem in alium transtulerit. vult enim ille mutare judicium, ſubſtituto procuratore; ſed nil agit dolo malo. ita non eſt in ea cauſa, ut hoc Edicto teneatur. cæterum, id eſt, alioquin, interdictum erit per procuratorem litigare *d. l.* 4. §. 3. Poſterioris caſus exemplum ſit: ſi ſciens, alium eſſe dominum rei quam poſſidet, deinde eam alii donat aut vendit. deſinit is procul dubio poſſidere dolo malo; non tamen hoc agit, ut domino durior aut moleſtior objiciatur adverſarius. igitur facit quidem alienationem dolo malo, ſed non facit eam judicii mutandi cauſa. Non igitur locum habet Edictum Prætoris; tantum volentis, coërcere cogitationem ejus, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut moleſtum adverſarium pro ſe ſubjiciat.

Non minus æquum eſt, etiam ſi facta dolo malo ſit alienatio, & fuerit animus mutandi judicii, ceſſare Edictum; ſi injuria alienatione cogitata, non habuerit effectum. Poterat quidem alicui hærere ſcrupulus, propter Edicti verba priore Capite magis ad alienandi conſilium, quam ad exitum, reſpicientia. Sed Veteribus ſedit, hanc litem Prætoris mente, non ejus verbis, æſtimare: ac proinde non punire propoſitum, niſi habeat effectum; cum alioquin nihil interſit: ſuadente præſertim æquitate ſecundi Capitis. Sit thema ex *l.* 3. §. *ult. h. t.* Aliquis alienationem fecit judicii mutandi cauſa. is conventus actione in factum ex ſecundo Capite hujus Edicti, & eſt paratus ſuſcipere utilem in rem actionem, perinde ac ſi adhuc poſſideret. an tenetur hoc Edicto? ait Gajus, denegandam eſſe ex hoc Edicto contra eum actionem: cauſatus, quod ejus nihil intereſt; cum hic ſe liti offert, perinde ac ſi adhuc poſſideret. hæc porro actio datur ad id quod intereſt; niſi priſtina judicii cauſa reſtituatur. id ſi fit; nulla eſt injuria, & merito ceſſat Judicis arbitrium. Aliud exemplum *l.* 8. §. 4. *h. t.* Aliquis alienavit: mox recepit. an tenetur hoc Edicto? Negat Paulus: & recte. quia res non habuit effectum. ac poteſt dici, quod in levioribus ſolet, quid obfuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum *l.* 1. §. 2. *D. Quod quiſq. jur. in al. ſtat.* Simile in *d. l.* 8. §. *ult.* Si quis venditori ſuo redhi-

bet: quia redhibito homine, ob vitium aut morbum, omnia retro aguntur, perinde ac ſi neque emptio neque venditio interceſſiſſet *l. 60. D. de Ædilit. Edict.* & ideo non videtur judicii mutandi cauſa alienare qui redhibet, uſus conceſſo jure: niſi forte propter hoc ipſum redhibeat, non redhibiturus alias *d. l. 8. §. ult. & l. 9.* tum enim Edictum offendit, & a Prætore coërcetur. Nam (id eſt, præterea) & ſi obligatus ſolvero quod a me petere velles, huic Edicto locus non erit *l. 10. h. t.* quia feci, quod niſi feciſſem, Prætor me cogeret facere. ita nil alieno judicii mutandi cauſa, certe non dolo malo.

Secundo Edicti Capite promittitur a Prætore actio in factum: ſi quæ alienatio judicii mutandi cauſa dolo malo facta eſſe dicetur. quid autem his indigitetur verbis, ex antecedentibus liquet. Datur porro hæc actio a Prætore ei ad quem ea res pertinebit. Nimirum cum pro fundamento habeat alienationem dolo malo factam judicii mutandi cauſa, naſcitur ex delicto, eoque ex obligatione, & eſt in perſonam; nec miramur, dari ei ad quem ea res pertinet, id eſt, ei cujus intereſt, alienationem judicii mutandi cauſa non eſſe factam dolo malo. Quin ex eodem principio ſequitur, dari adverſus eum qui eam alienationem judicii mutandi cauſa fecit dolo malo: adverſus alium non dari. Sed hoc convenit non minus Edicti verbis, quam naturæ actionis in perſonam §. 1. *Inſt. de actionib.* Inde dubitatum fuit, ſi tutor pupilli, vel agnatus furioſi, id eſt, curator furioſi, rem alienaverit judicii mutandi cauſa, an adverſus pupillum aut furioſum detur ex hoc Edicto actio? & quantum ad verba attinet, non datur. concepta enim eſt adverſus eum qui alienationem fecit dolo malo. is vero non cadit in pupillum, nec in furioſum. ex mente tamen Prætoris datur adverſus eos utilis actio *l. 10. §. 1. h. t.* puto, cum temperamento quod eſt in *l. 1. 3. & 5. D. Quand. ex fact. tut.*

Non magis laborandum, ad quid hæc detur actio. ait enim Prætor, dari tanti, quanti actoris interſit, alium adverſarium non habuiſſe *l. 1. h. t.* competit igitur hæc actio ad id quod intereſt; ideoque (ut Ulpianus ait *l. 4. §. 5. h. t.*) ſi res non fuit petitoris, aut ſi is qui alienatus eſt, ſine culpa deceſſit, judicium ceſſat: niſi ſi quid actoris præterea interſit. Non debeo præterire: quod non ſimpliciter hæc promittitur actio: ſed ſi priſtina judicii cauſa non reſtituatur arbitratu Judicis *l. 8. h. t.* Eſt igitur arbitraria. in qua ſi pareat, alienationem a reo eſſe dolo malo factam judicii mutandi cauſa: duplex eſt officium Judicis; primum, jubere priſtinam judicii cauſam a reo reſtitui, id eſt, ab eo perinde ſuſcipi utilem in rem actionem, ac ſi nulla alienatio interveniſſet. huic juſſui ſi pareatur; liberatur reus. ſin minus; deinde convenit officio Judicis, eum condemnare tanti, quanti actoris interfuit, litem non fuiſſe tranſlatam. idque adeo verum eſt, ut etiam teneatur is qui rem exhibeat, niſi priſtinam judicii cauſam arbitratu Judicis reſtituat *d. l. 8.* non enim ſufficit, exhibere, ſed oportet reſtituere. nempe eſt plus in reſtitutione, quam in exhibitione: nam exhibere eſt, præbere præſentiam corporis: reſtituere eſt, etiam poſſeſſorem facere, fructuſque reddere: pleraque præterea reſtitutionis verbo continentur. ita Gajus *l. 22. D. de verb. ſign.* & quod obſervandum lib. 4. Ad Edictum, ex quo *l. 1. l. 3.* & aliæ ſub hoc Titulo.

Ex his liquet, quod hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutoria: utique ex parte actoris, perſequentis quod ſibi abeſt. quare heredi quidem dabitur; in heredem autem vel ſimilem, vel poſt annum non dabitur, niſi quatenus pervenit: quia eſt quidem ex actoris parte rei perſecutoria: verum ex parte rei eſt ex delicto, id eſt, pœnalis *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. & 7. h. t.* quod & in actione de dolo obſervatur *l. 26. & ſeqq. D. de dolo malo:* quæ æque eſt rei perſecutoria, & perinde ex delicto naſcitur.

Præter actionem in factum, qua a Prætore induci ſui generis in integrum reſtitutionem, initio Tituli indicavi, etiam veteri domino adverſus novum poſſeſſorem Jure Civili competit directa in rem actio. utriuſque meminerunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. h. t.* quin inſuper monent, eſſe electionem domini cujus res alienata ſit, utra uti malit. verba Imperatorum. *Cum in rem actionem poſſeſſio pariat adverſario; alienatione etiam judicii mutandi cauſa celebrata, in integrum reſtitutio Edicto perpetuo permittatur: intelligis, ſi rem, ne ſecum ageretur, qui poſſidebat, venumdedit, & emptori tradidit, quem elegeris, conveniendi tibi tributam eſſe jure facultatem.* Hæc vulgata lectio: ſed vitioſa. ſcribe: *Cum in rem actioni poſſeſſio pariat adverſarium.* Ita eſt in quibuſdam libris manuſcriptis, & olim legiſſe videntur Græci, ut pridem notavi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c. 13.* utique ſic ſenſus verus: Cum domino cujus eſt in rem actio, alterius poſſeſſio offerat adverſarium. nam poſſeſſio non eſt cauſa actionis in rem: ſed dominium. hoc producit in rem actionem. illa domino, eam habenti, tantum parit adverſarium.

Tenes Edictum. An neceſſarium? nam ſi dominus cujus res dolo malo alienata ſit judicii mutandi cauſa, adverſus alienantem, etſi deſierit dolo malo poſſidere, ultro habet utilem in rem actionem, perinde ac ſi adhuc poſſideret: quid opus fuit, adverſus eum proponere actionem in factum, niſi in ſe ſuſcipiat utilem in rem actionem? Ut tollatur difficultas: conſideremus tempus introducti utriuſque remedii. Mea ſententia, vetuſtius utili in rem actione eſt hoc Edictum: ſive fuit tralatitium, cum a Juliano insereretur Edicto per-

perpetuo, ſive ab eo (quod non credo) tum primum fuit compoſitum. utrumvis tamen placeat, fuit hujus Edicti, cum inveniretur, neceſſaria ſeveritas: nondum cognito uſu utilis in rem actionis adverſus deſinentem dolo malo poſſidere. nam hæc inducta primum fuit tempore Hadriani, & quidem, poſt Edictum perpetuum a Juliano compoſitum, Senatuſconſulto de petitione hereditatis quod eſt in *l.* 20. §. 6. *D. de petit. hered.* deinde per conſequentiam ejus Senatuſconſulti obtinuit, ut etiam in ſingulari in rem actione is qui dolo deſiit poſſidere, perinde ac ſi adhuc poſſideret, utili in rem actione teneretur. ſic clare Ulpianus *l.* 27. §. 3. *D. de rei vindic.* & apparet cauſa, cur noſtra in factum actio a Juliano in Edicto perpetuo non fuerit omiſſa pro ſupervacua; & contra pro neceſſaria ei ſit inſerta. Imo quid ni, poſtquam invaluit utilis in rem actio, adhuc uſum habeat actio in factum: ſi quando poſſit alicujus intereſſe, ea experiri, propter alienationem judicii mutandi cauſa factam? occurrit talis caſus in *l.* 4. *h. t.* ſi res fuerint uſucaptæ ab eo cui alienatæ ſint judicii mutandi cauſa. non enim poſſunt ab eo in cujus fraudem ſint alienatæ, actione directa vindicari poſt impletam ab emptore uſucapionem. eſt igitur cauſa, cur læſo competat in factum actio. Dedi unum caſum: ſed ne ſolus ſit, accipe alterum ex *l.* 11. *h. t.* quam expoſui ſupra. Ecce: tu eras fundum a me vindicaturus: ſed quo habeam moleſtiorem adverſarium, militi donas eum fundum: & quia non potes vacuum tradere a me poſſeſſum; cedis militi rei vindicationem quam adverſus me habes jure dominii. ita poteſt is (niſi obſtaret hoc Edictum) adverſus me experiri, tamquam tuus procurator, directa rei vindicatione, nec minus utili ſuo nomine *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* intereſt mea, neutrum fieri a milite. interim non habeo rei vindicationem, qui non ſum dominus: & ſi ſim, ipſe poſſideo, eoque exercere eam non poſſum *l.* 1. §. 6. *D. Uti poſſidetis.* neceſſaria igitur mihi vel ea in ſpecie ex hoc Edicto eſt in factum actio: niſi a te mihi priſtina judicii cauſa reſtituatur.

TITULUS VIII.

De receptis. qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.

Rubrica variat in editis codicibus. Florentiæ eſt, *De receptis. qui arbitrium receperunt ut ſententiam dicant.* In vulgata Accurſii exemplari extat, *De receptis arbitris, & qui arbitrium recipiunt, ut ſententiam dicant.* Scribo: *De receptis arbitrIs. & qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.* Ejus ſcripturæ vis eſt: *De receptis arbitriis*, & reliqua: geminata litera, I, majuſcula. Sic apta fit locutio, quæ ante non erat. nam arbiter non recipitur a litigantibus, ſed arbitrium recipitur ab arbitro: monſtrante Rubrica, & *l.* 3. §. 1. *h. t.* arbiter ſumitur a litigantibus *l.* 21. *l.* 33. *l.* 50. *h. t.* dicitur quoque fieri *l.* 51. *d. t.* & quaſi vir bonus inter eos eligi diſceptator. *l.* 3. §. 1. at ſumptus, electus, factus, arbiter recipit arbitrium: id eſt, promittit arbitrium. recipere enim eſt, promittere. etiam dicitur arbiter in ſe recipere arbitrium; cum Judicis partes ſuſcipit, finemque ſe controverſiis ſententia ſua impoſiturum pollicetur *d. l.* 3. §. 1. & 2. *l.* 13. §. 2. *l.* 21. §. 9. *h. t.* Legendum igitur, geminata litera, *De receptis arbitriis.* Recepta hæc arbitria etiam ſimpliciter Recepta dicuntur, & cum Compromiſſis confunduntur *l.* 14. *C. de judiciis*; etſi inter Recepta & Compromiſſa alioquin ſit differentia. Receptum enim proprie eſt arbitri, ſuſcipientis partes Judicis, & pollicentis, ſententia ſua finem imponere controverſiis *d. l.* 13. §. 2. Compromiſſum contra eſt, conventio qua uterque litigator promittit, ſe pariturum arbitri ſententiæ: ſin minus, daturum pœnam *l.* 1. *C. h. t. cum ſimilibus.* Hanc verborum proprietatem miſcuit Imp. Juſtinianus in *d. l.* 14. ſequentibus verbis: *qui ex recepto, id eſt, compromiſſo, quod judicium imitatur, cauſas dirimendas ſuſcipiunt.* Niſi illa, *id eſt, compromiſſo*, ſunt Interpretis. quod magis puto: quia abhorrent ab uſu loquendi Veterum, quem Tribonianum ignoraſſe, mihi non eſt veriſimile. Quidquid eſt: ſive legas, *De receptis. qui arbitrium* &c. ſive *De receptis arbitriis, & qui arbitrium*, &c. parum refert: cum eodem redeat ſenſus. Quamquam malim, *De receptis. qui arbitrium.* &c. quomodo legitur Florentiæ. Sic præmittitur genus, cujus una ſpecies hoc Titulo, altera ſequente, exponitur. Eſt in Codice quoque Titulus, *De receptis arbitris:* ſed errore conſimili ei quem expunximus. Additur in Rubrica Pandectarum, *Qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant:* quia hic eſt compromiſſi & recepti finis. quem ut obtineant litigatores; ſolet arbiter a Prætore extra ordinem cogi, ſententiam dicere. Erat vero hoc Prætoris auxilium neceſſarium: quia ex recepto arbitri quod jure civili nudo cenſetur pacto, nulla naſcebatur actio inter arbitrum & litigatores: licet æquum eſſet, ab eo qui receperat arbitrium, ſententiam dici inter eos qui compromiſerant. Hæc ratio & ſententia Tituli. ex qua apparet, eum cum ſuperioribus conjungi bene. Quomodo? poſtquam Prætor dixit de perſonis quæ pro ſe, vel pro aliis, in jure poſtulent: deinde ſubjicit cauſas Prætoriæ cognitionis. in his primas dedit reſtitutioni in integrum, ſecundas receptis.

Edictum tale fuit. *Qui arbitrium pecunia compromiſſa receperit, eum ſententiam dicere cogam.*

gam. Hæc verba facile colliguntur ex *l.* 3. §. 2. *l.* 11. §. 2. *l.* 15. *h. t.* Ejus Edicti æquitatem commendat Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. ſed quia pluribus verbis: ſuffecerit, indicaſſe locum, unde petatur. Interim ſumam interpretandi initium a perſonis arbitrantium: ducem ſequutus Ulpianum §. 3. *d. l.* 1. Ait igitur Prætor, *Qui.* Pronunciatio ſermonis in ſexu maſculino plerumque ad utrumque ſexum porrigitur *l.* 195. *D. de verb. ſign.* in hoc vero Edicto *Qui* tantum maſculos complectitur, non etiam fœminas, utique poſt Conſtitutionem Juſtiniani *l. ult. C. h. t.* nam ante an admiſſæ ad compromiſſa fuerint etiam fœminæ, aliqua eſt Cujacii deliberatio *lib.* 13. *Obſerv. c.* 23. quam, ſi lubet, vide. Ait igitur Prætor, *Qui:* nec addit verbum. qualiſcumque igitur ſit dignitatis aut conditionis qui receperit arbitrium, eum Prætor cogit officio quod ſuſcepit, perfungi, etſi Conſularis ſit. quid, ſi poſitus ſit in magiſtratu aut poteſtate pari aut majore? ne hic quidem excipitur Edicti verbis, ſed excluditur ejus ſententia. nec opus fuit, addere exceptionem ultro certam. itane? non potuit Prætor cogitare de cogendo eo in quem non habet imperium: ut evenit in majore aut pari poteſtate *l.* 3. §. 3. *l.* 4. *D. h. t.* qualis Conſul eſt Prætori: ut intelligimus ex Cicerone *lib.* 9. *Ad Attic. Epiſt.* 9. & A. Gellio *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 14. Inferior tamen Magiſtratus, ſi receperit arbitrium, cur minus cogatut, cauſa non eſt *d. l.* 4. Idem dicam de Judice: niſi arbiter fiat ea in cauſa in qua Judex eſt. tum enim ne arbitrium recipiat, inve ſe comptomitti jubeat, dicitur prohiberi Lege Julia *l.* 9. §. 2. *h. t.* eamque eſſe Juliam privatorum judiciorum, bene obſervavit Vir Cl. Barnabas Briſſonius *lib.* 4. *Select. Antiq. c.* 7. Idem de Prætore legitur *l.* 4. *D. de tut. & cur. dat. ab his.* etſi hujus Inſcriptio ſit ex Ulpiani *lib.* 9. *Ad Leg. Jul. & Pap.* Ait igitur Prætor, *Qui:* nec dubium eſt, quin ea voce complectatur patremfamilias qui arbitrium receperit. An etiam filiumfamilias? non reſiſtit Ulpianus *l.* 5. *h. t.* imo Gajus *l.* 6. addit, filiumfamilias etiam de re patris recte arbitrum fieri. Atqui conſtat, ſi quis de re ſua fiat arbiter, non valere: quia ſibi imperare, aut ſe prohibere, nemo poteſt *l. pen. h. t.* id vero in patre & filio uſu venit: quando vox patris eſt vox filii; & contra vox filii eſt vox patris §. 4. *Inſt. de inutilib. ſtipul.* Sed hoc domi obſervatur in privatis cauſis. in publicis vero filiusfamilias loco patrisfamilias habetur *l. pen. D. de his qui ſunt ſui vel alien. jur.* eſt igitur in his alius filius, alius pater. id poſſet multis declarari; ſed omnium inſtar erit exemplum ex *l.* 77. *D. de judic.* ait ibi Africanus, quod in privatis negotiis pater filium, vel filius patrem, poteſt Judicem habere: (ſi quidem ab adverſario non rejiciatur tamquam ſuſpectus) & in *l.* 78. mox ſubjicitur ex Paulo, Quippe judicare munus publicum eſt. at ſi Judex fieri poteſt: quid ni fiat arbiter? compromiſſis hodie ad ſimilitudinem judiciorum redactis *l.* 1. *h. t.* Ab eodem principio porro legitur apud Ulpianum *l.* 7. *h. t.* parvi referre, ingenuus quis, an libertinus, ſit: integræ famæ ſit arbiter, an ignominioſus. Nec tamen quod de ignominioſo dicitur, eſt ſine difficultate: eo quod non poteſt Judex dari *l.* 12. §. 2. *D. de judic.* Putemus tamen, eſſe partium electioni datum, ut ignominioſus a compromiſſo non excludatur, etſi ad judicia non admittatur a dignitatibus arcendus. At Ulpianus *d. l.* 7. ſervum removet ab arbitriis: cum poſſit in ſervo eadem videri ratio quæ eſt in ignominioſo. nam ut ſervi non minus a judiciis repellantur quam a cæteris publicis muneribus: quid ni tamen vel ſervorum reſpectu in privatis arbitriis prævaleat litigatorum voluntas? Sed creditum fuit, non eſſe quidem a ratione alienum, homines liberos ex ſuo conſenſu ab hominibus liberis, quamvis infamibus, juberi aut prohiberi: verum homines liberos a ſervis juberi aut prohiberi, non viſum fuit pati reſpectum libertatis. eſt igitur vel in infami perſona alia compromiſſi, alia judicii, ratio: in ſervo non æque. nec reſiſtam; ſi quis ſic diſputet: Judex eſſe poteſt, ergo arbiter. non contra, Judex eſſe non poteſt: ergo nec arbiter. Demus hæc: ſi unus ſumptus ſit arbiter ſervus. at quid, ſi compromiſſum ſit in ſervum & Titium? ait Julianus *d. l.* 7. §. 1. nec Titium cogendum ſeptentiam dicere: & præfatur, quod cum ſervo recepit arbitrium: non recepturus; ſi ſciviſſet, ſervum eſſe. ego addo, quod fortaſſe nec compromiſſum foret in Titium: ſi innotuiſſet perſona ſervi. quid, ſi tamen ſententiam dixerit Titius? nulla eſt; & ideo non committetur pœna: quia non, ut recepit, dixit ſententiam. *d. l.* 7. §. 1. niſi ſi ita compromiſſum ſit, Ut vel alterutrius ſententia valeat: nam tum magis eſt, ut Titius cogendus ſit *l.* 8. *h. t.*

Similis quæſtio fuit, an valeat compromiſſum in pupillum, furioſum, mutum, aut ſurdum. cauſa quærendi; quod Prætor ſine diſtinctione ait, *Qui arbitrium receperit.* ſed non placet Ulpiano, valere *l.* 9. §. 1. *h. t.* quia ut generaliter loquatur Prætor, Qui arbitrium receperit: utique non alium intellexit, quam cujus arbitrium ſit: id eſt, qui ſit ad arbitrandum idoneus. De minore quam quinque & viginti annis videamus. Calliſtratus *l.* 41. *h. t.* ait, Nemini licere, minorem viginti annis eligere compromiſſarium judicem, ideoque ex ejus ſententia nullo modo committi pœnam. & pro ratione addit: Cum Lege Julia cautum ſit, ne minor viginti annis judicare cogatur. Olim allegebantur Judices anno quinto & viceſimo. Sed Suetonius in vita *Auguſti c.* 32. auctor eſt: quod Auguſtus *Judices a viceſimo ætatis anno adlegit: id eſt, quinquennio maturius, quam ſolebant.* Paſſim

edi-

editur, *a triceſimo:* ſed Caſaubonus in *Notis*, & ante Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 32. vere emendarunt, *a viceſimo.* cæterum etſi minor ab anno viceſimo poſſit arbiter legi: ait tamen Calliſtratus *d. l.* 41. multos dixiſſe, majori viginti annis, ſi ſit minor annis viginti quinque, eſſe ex hac cauſa ſuccurrendum, ſi temere auditorium receperit.

Deinde ait Prætor, *Qui arbitrium receperit.* Cogit igitur Prætor, ſententiam dicere eum, qui arbitrium receperit. quid autem ſit Arbitrium recipere, Ulpianus *l.* 13. §. 2. *h. t.* ſic exponit: Recepiſſe arbitrium videtur (ut Pedius lib. 9. dicit) qui Judicis partes ſuſcepit, finemque ſe ſua ſententia controverſiis impoſiturum pollicetur. quod ſi, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an conſilio ſuo vel auctoritate diſcuti litem paterentur: non videtur arbitrium ſuſcepiſſe.

Non ad hæc ſubſiſtit Prætor: plus ait, qui arbitrium receperit, *pecunia compromiſſa.* Hæc verba indicant, arbitrum, ut receperit arbitrium, non cogi ſententiam dicere, niſi intervenerit compromiſſum *l.* XI. §. 1. *h. t.* non enim ſimpliciter ait Prætor, eum qui arbitrium receperit, cogam: ſed eum qui arbitrium receperit, pecunia compromiſſa, cogam: id eſt, ubi compromiſſa erit pecunia. Merito: nam ex ſententia arbitri neque judicati actio, neque exceptio datur. adeo eluſorium foret arbitrium, non interveniente compromiſſo *l.* 1. *C. h. t.* Ait igitur Prætor, *compromiſſa pecunia.* Vulgata editio, ut & Norica, habet, *compromiſſa pœna.* Sed malim, *compromiſſa pecunia*; ut eſt Florentiæ: cum præſertim *pecuniæ* verbum, tamquam ſit Edicti, ab Ulpiano explicetur *d.* §. 1. *l.* XI. Verba Ulpiani. *Quod ait Prætor*, Pecuniam compromiſſam: *accipere nos debere, non ſi utrimque pœna nummaria, ſed ſi & alia res vice pœnæ, ſi quis arbitri ſententia non ſteterit, promiſſa ſit:* [*& ita*] *Pomponius ſcribit.* In his verbis, *Non ſi*, ſignificar, Non utique ſi; ſive, Non modo ſi. & ſenſus: Quod Prætor, ut cogatur arbiter ſententiam dicere, verba ſpectantibus, vult compromiſſam eſſe pœnam nummariam, ni ſtetur arbitri ſententiæ. tantum enim loquitur de compromiſſa pecunia: de alia re compromiſſa non loquitur. ſed longius ivit Prætoris ſententia: nam ſi alia quævis res ſit compromiſſa vice pœnæ, etſi promiſſa non ſit nummaria pœna, nec ſatisfactum Prætoris verbis; ſatisfactum utique eſt ejus menti: qui jubens compromitti pecuniam, ni ſtetur ſententiæ arbitri, ſolum intendit; ut metu compromiſſæ pœnæ ab utroque litigatore arbitri ſententiæ pareatur. id vero peræque obtinebit, ſive nummaria, ſive alia, pœna compromittatur. Cæterum ut nihil refert, qualis ſit pœna; ita nec refert, quanta, id eſt, major re principali, an minor, ſit. nam ne hanc quidem diſtinguit Prætor *l.* 32. *h. t.* nec magis, utrum ſit certa, an incerta; ut puta, quanti ea res erit *l.* 28. *h. t.* tantum enim jubet Prætor, compromitti pecuniam: eamque non minus promittit qui incertam promittit, quam qui certam. Eſt & huc deventum; ut, ſi qui ſimpliciter compromiſerint, ſtare ſententiæ, idem putetur: eo quod qui factum promittit, ni facit quod promiſit, ad id quod intereſt, tenetur. Ita quamvis pœnæ non meminerit palam; tamen, quia videtur eam tacite promiſiſſe, erit adverſus eum incerti actio *l.* 27. §. *fin. h. t.*

Vult igitur Prætor, compromiſſam eſſe pecuniam. & erit pretium operæ, inveſtigare, quæ dicatur compromiſſa? Verbum, *promittere*, ſolet referri & ad ſponſum & ad nudam promiſſionem ſeu pollicitationem: auctore Ulpiano *l.* 19. § 2. *D. de Ædilitio Edicto.* De ſtipulatione res certa: nam actionem parit Jure Civili. An & pactum nudum veniat, promiſſi appellatione, quæri poteſt: quia inefficax eſt Jure Civili, etſi Jure Prætorio proſit ad exceptionem? Sed puto, etiam pactum eo nomine venire, quoties eſt eadem pacti vis quæ eſt ſtipulationis. Fieri hoc aliquando, notat Ulpianus *d. l.* XI. §. 3. & ponit tale exemplum: Ut puta ſi ambo debitores fuerunt, & pacti ſunt, Ne petat quod ſibi debetur, qui ſententiæ arbitri non paruit. ſenſus exempli. Duo litigant de re certa. placet, iri ad arbitrum. compromittenda pecunia. incidit utrique, ſe invicem ſibi debere, aliam tamen rem, quam litigioſam: quod bene obſervat Accurſius. hanc illi volunt habere vicem pœnæ. igitur paciſcuntur, Ne qui non pareat ſententiæ arbitri, petat quod ſibi debetur. an valet compromiſſum? ait Ulpianus. atqui factum eſt nudo pacto. eſto: ſed non eſt ſine effectu, propter exceptionem pacti, ſi victus non pareat ſententiæ. ita non intereſt victoris, utrum ei ſolvatur pœna, an remittatur quod debet. Non minus elegans eſt exemplum ſequens ex *d. l.* XI. §. 2. *verſ. Quid ergo.* Compromiſſum eſt a duobus, re apud arbitrum depoſita: hoc pacto, ut eam det uni; ſi ab altero non ſtetur ejus ſententiæ. Dicit Ulpianus, cogendum eſſe arbitrum, ſententiam dicere. nempe, quia non minor eſt effectus pacti hujus, quam eſt ſtipulationis; quid ni pœna æque pacto eo, ac ſtipulatione, compromittatur?

Ut igitur arbiter cogatur ſententiam dicere, id eſt, ut valeat compromiſſum, oportet promitti pœnam, ſed utrimque. Ulpianus *l.* 32. §. 18. inquit, invicem. Non enim ait Prætor, pecunia promiſſa; ſed compromiſſa. ita plenum ſit compromiſſum. &, quod addendum, quamquam alter rem, alter pecuniam, ſtipulanti promiſit *d. l.* XI. §. 2. *in fin.* quod ſi alter promiſit, alter non: negat Julianus, cogendum arbitrum, ſententiam dicere. & probat Ulpianus *d. l.* XI. §. 4. quid, ſi ex altera parte ſtipulatio, ex altera nudum pactum, intervenit? is caſus obſcure a Pomponio propoſitus, ab Ulpiano *l.* 13. §. 1. *h. t.* bene

 trac-

tractatur his verbis. *Pomponius ſcribit, ſi de meis ſolis controverſiis ſit compromiſſum, & de te pœnam ſim ſtipulatus: videndum, ne non ſit compromiſſum. Sed cui rei moveatur, non video. nam ſi ideo, quia de unius controverſiis ſolum compromiſſum eſt: nulla ratio eſt: licet enim & de una re compromittere. ſi vero ideo, quia ex altera duntaxat parte ſtipulatio intervenit: eſt ratio. quamquam ſi petitor quis ſtipulatus eſt, poſſit dici plenum eſſe compromiſſum: quia is, qui convenitur, tutus eſt veluti pacti exceptione; is qui convenit, ſi arbitro non pareatur, habet ſtipulationem. Sed id verum eſſe, non puto: neque enim ſufficit exceptionem habere, ut arbiter ſententiam dicere cogatur.* Sic Ulpianus: & eſt egregia ejus obſervatio; quod intentioni Prætoris in propoſito minime ſufficit pacti exceptio: nulla pœna terrens volentem agere adverſus arbitri ſententiam: etſi eliſura in judicio ſit inſtitutam actionem. non enim Prætor in Edicto ſpectat ad exitum inſtituendæ actionis, opponendæve ei exceptionis: ſed ad pœnam qua acturus adverſus arbitri ſententiam inhibeatur; ne agat; eoque nec lite, nec exceptione, opus ſit.

Igitur ut cogatur arbiter ſententiam dicere, oportet compromiſſam eſſe pecuniam. Utrum pure, an in diem? non diſtinguit Prætor: & in utroque caſu æque efficace promiſſo, ſatisfactum eſt ejus ſententiæ. Non ita eſt, compromiſſa ſub conditione pecunia. non enim tum arbiter cogitur ſententiam dicere prius, quam conditio extiterit *l.* 11. *h. t.* nec intereſt, utrum ab initio nullum ſit compromiſſum, an pendeat, aut poſtea deficiat pœna. atqui id ſit, compromiſſo ſoluto die, morte, acceptilatione, judicio, pacto *l.* 32. §. 3. *h. t.*

Deinde ait Prætor, *Eum ſententiam dicere cogam.* optima ratione quam dat Ulpianus *l.* 3. *h. t.* quam, ſi lubet, vide. Interim monebo: quod Prætor ait, *Cogam.* non ait, judicium dabo. ipſe igitur coget ſine actione & Judice, mulctæ dictione & pignorum captione. eſt enim hæc ex remediis Prætoriis *l.* 1. §. 3. *D. de inſpic. ventr.* & nominatim indigitatur *l.* 32. §. 12. *D. h. t.* Edicit autem Prætor, *Cogam*, diſtricte. ſed rem Veteres perinde acceperunt, ac ſi addidiſſet, cauſa cognita. nimirum, quia non ſimpliciter Prætor dixit, Eum qui arbitrium receperit, ſententiam dicere cogam: ſed ait, Eum qui arbitrium receperit, compromiſſa pecunia, cogam ſententiam dicere: id eſt, tum, ſi compromiſſa erit pecunia. ex uno autem exemplo conjecerunt Veteres, eſſe Prætoris animum, non alias cogere arbitrum, quam ſi ſit juſta cogendi cauſa: qualis eſt, ſi compromiſſa ſit pecunia: inani ſententia, quæ non ſit habitura effectum. Proinde, ſive compromiſſa non ſit pecunia, ſive alia ſit conſimilis cauſa, cur æquum ſit, arbitrum non teneri neceſſitate dicendæ ſententiæ: noluerunt Veteres, eum a Prætore cogi, ſententiam dicere: certo, quoties Lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bonam eſſe occaſionem, cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel juriſdictione ſuppleri *l.* 12. & 13. *D. de legibus.* Ea ratione motus Ulpianus *l.* 15. *h. t.* in interpretatione Edicti, ſic ſcripſit: *Licet Prætor diſtricte edicat, Sententiam ſe arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet, & excuſationem recipere, cauſa cognita.* Utitur vero Ulpianus exemplis pluribus atque elegantibus: ut puta, ſi fuerit infamatus a litigatoribus; aut ſi inimicitiæ capitales inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus interceſſerint; aut ſi ætas aut valetudo quæ poſtea contigit, id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio urgens, aut munus aliquod reipublicæ. & addit, Id Labeo. Subjicitur vero ex Paulo *l.* 16. *d. t.* Et ſi qua alia incommoditas ei poſt arbitrium incidat. ſed in cauſa valetudinis, ſimilibuſve, cauſa cognita, differre cogitur. Similia *l.* 9. §. 3. 4. 5. *l.* 10. & 11. *h. t.* item *l.* 17. §. 1. 2. & *l.* 32. §. 1. & *ſeqq.* quæ omnia enarrare longum foret.

Sed in viam. apparet, arbitrum, ſi nihil ſit quo excuſetur a neceſſitate dicendæ ſententiæ, a Prætore cogi, ſententiam dicere. Eſt autem ſententia, ultima Judicis pronuntiatio qua is liti finem imponit condemnatione vel abſolutione rei. inde res judicata appellatur *l.* 1. *D. de re judicata.* Eſt etiam, ubi ſententia ad interlocutiones porrigitur: ſed his opponitur in Titulo Codicis, *De ſententiis & interlocutionibus*, itemque in *l.* 14. & Titulo Digeſtorum, *De re judicata, & de effectu ſententiarum, & de interlocutionibus.* Eſt igitur ſententia proprie definitiva. eoque modo Paulus *l.* 19. §. 1. & 2. *h. t.* in hoc Edicto ſententiam accipit: Sententiam, inquiens, dicere eum qui ea mente quid pronunciat, ut ſecundum id diſcedere eos a tota controverſia velit. Bene dicit, a tota controverſia. ita, ſi de pluribus rebus ſit arbitrium receptum, niſi omnes controverſias finierit, non videtur dicta ſententia *d.* §. 1. Idem; ſi incerta ſit ſententia: quia incerta non habetur pro ſententia *l.* 21. §. 3. *h. t.* Quid, ſi iniqua ſit? de hac nihil Prætor. igitur qualem arbiter dicat ſententiam, ad Prætorem non pertinet: modo dicat, quod ipſi videtur *d. l.* 19. hoc enim animo aditur *l.* 76. *D. Pro ſocio.* in eoque differt a Judice. nam huic certa præſcribitur formula, ab eo ſervanda *l.* 60. *D. de judiciis*; niſi convenerit inter litigatores, quid pronuncietur *l.* 26. *D. de re judicata.* at ea arbitro nulla ponitur, ne a litigantibus quidem: opinor, quia, arbitro pronunciante ex eorum conſenſu, non plus ſunt habituri, quam ſi ipſi inter ſe paciſcantur. certe actio aut exceptio rei judicatæ non naſcitur ex ejus ſententia,

etſi

Digitized by Google

etſi utraque competat ex ſententia Judicis. & ideo ſi ſic compromiſſum ſit, ut arbiter certam dicat ſententiam; non valet arbitrium: in quo futura ejus ſententiæ libera non ſit facultas *l.* 17. §. 3. *l.* 19. *pr. h. t.* Vere igitur Ulpianus *l.* 27. §. 2. *h. t.* Stari, inquit, debet ſententiæ arbitri quam de re dixerit: ſive æqua, ſive iniqua ſit: & ſibi imputet qui compromiſit. nam & D. Pii Reſcripto adjicitur, vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet. Videndum tamen eſſe, putat Ulpianus *d. l.* 19. §. 2. an arbiter mutare ſententiam poſſit. & alias quidem, inquit, eſt agitatum, ſi arbiter juſſit dari, mox vetuit; utrum eo quod juſſit, an eo quod vetuit, ſtari debeat. tum porro, & Sabinus, infit, putavit poſſe. At paulo imprudentius. ſic mihi videtur; ac, niſi fallor, etiam Ulpiano, ne Caſſium quidem fugit. non enim alio ſpectat quod ſubjicit; Caſſius ſententiam magiſtri ſui bene excuſat. ſenſus: Poterat eam rejicere: erat enim improbabilis; ſed maluit retinere ſpecie interpretationis: dicens, Sabinum non de ea ſenſiſſe ſententia, quæ arbitrium finiat, id eſt, de ſententia definitiva: ſed de præparatione cauſæ, id eſt, de interlocutione: ut puta, ſi juſſerit, litigatores Kalendis adeſſe, mox Idibus jubeat. nam mutare eum diem poſſe. cæterum, ſi condemnavit vel abſolvit, (quando arbiter eſſe deſierit) mutare ſententiam non poſſe. *d. l.* 19. §. 2. Sic Caſſius: ejuſque verecundiam laudat Ulpianus. ego omnibus qui ingenuas profitentur artes, ſi habeant occaſionem, imitandam cenſeo; eamque, & ſimilem Pauli modeſtiam, jam deprædicavi, *lib. Ad Edictum Prætoris, De pact. & tranſact. c.* 24. *ad fin.* Quid tamen, ſi arbiter de pluribus controverſiis ſumptus eſt, nihil ſibi communibus: & de una ſententiam dixit, de aliis nondum? numquid deſiit eſſe arbiter? videamus igitur, an in prima controverſia poſſit mutare ſententiam de qua jam dixerat. Et multum intereſt, utrum comprehenſum ſit, ut de omnibus ſimul pronunciet, an non. nam ſi, ut omnes finiat, compromiſſum eſt; poterit mutare: nondum enim dixit ſententiam. quod ſi ſeparatim dicere placuit; quaſi plura ſunt compromiſſa, & ideo quantum ad illam controverſiam pertinet, arbiter eſſe deſiit *l.* 21. *h. t.* Igitur coacturus Prætor arbitrum dicere ſententiam, imponit ei neceſſitatem aut condemnandi aut abſolvendi reum. quod ſi neutrum facere poſſit arbiter: ait Ulpianus, ſi forte urgeatur a Prætore ad ſententiam, æquiſſimum fore, ſi juret, ſibi de cauſa nondum liquere, ei ſpatium ad pronunciandum dari *l.* 13. §. 4. *h. t.*

Expoſito Prætoris Edicto, liceret mihi recedere ab hoc Titulo qui eſt De receptis, & qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant: niſi e re foret, exemplo Ulpiani *l.* 32. §. 15. *h. t.* pauca ſubjicere de officio arbitri, & de effectu ſententiæ ab eo dictæ. Obſervat vero is, tractantibus de officio arbitri, omnem tractatum ex ipſo compromiſſo ſumendum, nec aliud illi licere, quam quod ibi, ut efficere poſſit, cautum eſt. non ergo, inquit, quodlibet ſtatuere arbiter poterit, nec in re qualibet: niſi de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt: & quidem (quod Paulus notat *l.* 46. *h. t.*) de his quæ ab initio inter litigatores fuere; non quæ poſtea ſupervenerunt. Quæ dixi, liquebunt exemplo uno aut altero. Igitur ſit compromiſſum intra Kalendas, niſi eſt additum, licere arbitro diem proferre: non poteſt proferre *d. l.* 32. §. *ult.* ſolutioni tamen diem ſtatuere poteſt: eo quod compromiſſo continetur ſolutio; ejuſque pars eſt dies *l.* 21. §. 2. *h. t.* Vice verſa, ita ſumptus arbiter, ut & diem proferre poſſit: hoc facere poteſt, referre non poteſt *l.* 33. *h. t.* Referre porro eſſe anteferre, dudum obſervavit Jacobus Cujacius *lib.* 3. *Obſerv. c.* 7. Rurſus pone ex *d. l.* 32. §. 16. *&* 17: arbiter jubet, alium adiri arbitrum, vel alium adjungi ſibi. neutrum valet: quia ſententia debet eſſe de re compromiſſa, de qua hæc non eſt. hoc eo magis: quia voluere litigantes fieri litium finem. at is ſic propagatur. etiam poſſit arbitrium hoc modo transferri ad inimicos agentium. certe ad alios, quam illi voluere. optime igitur Ulpianus *l.* 45. *h. t. In compromiſſis*, inquit, *arbitrium perſonæ inſertum, perſonam non transgreditur.* Rurſus finge: (quæ eſt ſpecies *d. l.* 21. §. 4.) Arbiter vetat, pœnam ex compromiſſo exigi. an valet ſententia? negat Ulpianus: & cauſatur, quia non de pœna eſt compromiſſum. Sed apparet, quod dixi, officium arbitri pendere a compromiſſo: ideoque rationis eſſe, eum id habere ſemper ob oculos: quando præſertim varie concipitur: aliquando de una re, aliquando de omnibus litibus. quamquam ſive de omnibus, ſive de una re, ſit: nihil in id venit; niſi de quo actum eſt. ſed eſt tutius, ſi quis de certa re compromiſſum facturus ſit; de ea ſola in compromiſſo exprimi. *d. l.* 21. §. 6. exemplum *l.* 43. *h. t.*

Præter hæc eſt officium arbitri; ne alias dicat ſententiam, quam coram litigatoribus *l.* 27. §. 4. *h. t.* id eſt, utraque parte præſente *l.* 44. *d. t.* modo non minus animo, quam corpore, ſint præſentes. itaque Ulpianus *d. l.* 27. §. 5. ait, eum coram dicere qui ſapientibus dicit: cæterum coram furioſo aut demente non dici. idemque eſſe, ſi coram pupillo dicatur: niſi præſens fuit tutor. plane, ſi unus defuerit ex litigatoribus, non valebit ſententia; niſi in compromiſſo ſit ſpecialiter expreſſum: ut vel uno vel utroque abſente promatur. pœnam autem is qui defuit, committit: quia per eum factum eſt, quo minus arbitretur *d. l.* 27. §. 4. Vix opus moneri, oportere arbitrum, aliquid pronunciaturum, jubere vel per nuncium vel per epiſtolam, litigatores adeſſe *l.* 49. §. 1. *h. t.* certo loco: de quo Ulpianus *l.* 21. §. 10. *&* 11. *h. t.* nec minus certo

tempore pro ejus arbitrio. poteſt enim omni die pronuntiare: præterquam Dominico, excepto in *l. 7. C. de feriis*: ex qua interpolata eſt *l. 36. D. h. t.* adjecta clauſula: *Niſi alia Lege eadem dies feriata in qua ſententia dicta, eſt excepta*: ut monui ſupra ſub Titulo, *De feriis*. Nec obſtat *l. 13. §. 3. h. t.* his verbis. *Arbiter ex compromiſſo his diebus non cogitur ſententiam dicere quibus Judex non cogitur: niſi dies compromiſſi exitura ſit, nec proferri poſſit.* Nam aliud eſt, arbitrum non poſſe cogi, ſententiam dicere: aliud, arbitrum poſſe ſententiam dicere ſua ſponte. hoc poteſt agere omni feriato die, excepto Dominico. illud non poteſt cogi: ſicut nec Judex; niſi exiturus ſit compromiſſi dies, nec proferri poſſit *d. l. 13. §. 3.* Eſt, præter diem Dominicum, & alius caſus quo arbiter, quo velit die, ſententiam ferre nequeat. extat is in *l. 32. §. 10. h. t.*

At ut præſentes eſſe litigatores oportet: ſic rationis eſt, nec abſentem ex arbitris eſſe aliquem. *l. 40. D. h. t.* Conſentire tamen eos, neceſſe non eſt: ſi major inveniatur pars cujus arbitrio ſtetur. at finge, duos eſſe, & diſſentire. debet Prætor eos, ſi non conſentiant, cogere, tertiam certam eligere perſonam cujus auctoritati pareatur. ut igitur neceſſe non ſit, omnes conſentire, at præſentes eſſe omnes oportet: quia in omnes compromiſſum eſt: & potuit unius præſentia reliquos trahere in ſuam ſententiam. Sed de his plene in *l. 17. §. 5. 6. 7. & l. 18. h. t.*

Reliquum eſt, ut de effectu ſententiæ diſpiciamus. & eſt obſervandum: quod arbiter non eſt Judex; ſed eſt ſimilis Judici *l. 1. h. t.* vocaturque Judex ex compromiſſo *l. 81. D. de judiciis*, etiam Judex compromiſſarius *l. 5. §. 1. C. h. t.* ea propter intereſt inter utrumque. nam oportet ſtari ſententiæ Judicis. contra æquum quidem eſt, pareri ſententiæ arbitri: verum neceſſitas ei in foro nulla eſt. quin ſi jus quærimus; non eſt ſententia *l. 13. §. 5. D. de his qui not. infam.* nec habet auctoritatem rei judicatæ, teſte Paulo *lib. 5. Sentent. tit. 5*: ſicut ipſe non eſt Judex, licet Judicem imitetur: non conceſſa ei a legibus notione: ſed ex privato litigatorum conſenſu *l. 1. C. h. t.* quo nemo Judex fieri poteſt *l. 3. C. de juriſdict.* ita nil mirum, ab ejus ſententia non appellari; nec ex ea naſci actionem rei judicatæ *d. l. 1.* nec ſequi infamiam *d. l. 13. §. 5.* primum non poteſt ab ea appellari: tantum recepta provocatione a ſententia Judicis. At reſiſtit hoc *l. 23. D. de appellationibus*, *Ex conſenſu litigantium circa compromiſſum a Præſide provinciæ Judice dato, victus poteſt provocare.* Niſi pro, *circa compromiſſum*, quomodo editur, ſcribendum eſt, *citra compromiſſum*. ſenſus, Poſſe appellari a ſententia Judicis, a Præſide dati ex conſenſu litigatorum ſine forma compromiſſi. cujuſmodi Judicum exempla dedi *lib. 1. De juriſd. & imper. c. 13.* ſed de talibus non agitur hoc Titulo. cæterum ut appellari a ſententia arbitri compromiſſarii non poſſit, eſt caſus in quo reperitur quædam veluti appellandi ſpecies: eo quod licet retractare de ſententia arbitri. hunc caſum obſervavit Paulus *l. 32. §. 14. D. h. t.* addens, illum deberi Reſcripto Imp. Antonini. In hoc non eſt quidem appellatio: ſed ejus quædam veluti imago indigitatur: effectum retractationis conſiderantibus. Non magis poteſt actio & exceptio rei judicatæ naſci ex arbitri ſententia *l. 1. C. & l. 2. D. h. t.* tantum recepta exceptio pacti: monſtrante *l. 5. C. h. t.* & ante *l. 13. §. 1. D. h. t.* primus auſus fuit Juſtinianus, arbitro ſumpto cum ſacramenti religione, indulgere actionem *l. 4. C. h. t.* (quam ſuſtulit rurſus in *Auth. Decernit*, mox ſequente) & deinde in *d. l. 5.* in alio caſu. ſed illa nova. Veteribus una innotuit pœnæ petitio ex compromiſſo *d. l. 1.* id eſt, actione ex ſtipulatu. Atque hæc eſt ſententiæ dictæ executio: quam in *l. 32. §. 6. & 8. D. h. t.* dicitur Prætor dare. Unde ſubit mirari hoc Javoleni *l. 39. D. h. t.* *Contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adverſario dari jubendo.* Ego ſane mihi non tempero; ne putem, hæc verba, *Pecuniam eum adverſario dari jubendo*, eſſe ſpuria. atque hoc, ut mereatur, in ſequentibus plenius demonſtrabo. Interea non ſilebo, quod Modeſtinus lib. 6. Regularum ſcribit, cum ex compromiſſo petitur pœna, eum qui commiſit, damnandum eſſe: nec intereſſe, an adverſarii ejus interfuerit, arbitri ſententiæ ſtari, nec ne *l. 38. h. t.*

Multo minus prætereo, quid ſit, Non ſtare, aut non parere ſententiæ arbitri. Et puto, ſi verbis juſſit quid fieri arbiter, & non eſt factum; aut contra, ſi verbis vetuit quid fieri, & eſt factum; non eſſe paritum arbitri ſententiæ. ac dubito; an huc pertineat hoc Pauli *l. 121. D. de Regul. jur.* (eſt enim ex *lib. 13. Ad Edictum*, ex quo complura ſub hoc Titulo ſunt ejus Fragmenta) *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adverſus ea, quia non facit. & qui facit quod facere non debet, non videtur facere id quod facere juſſus eſt.* Quid, ſi arbiter ita pronuntiet, *Nihil videri Titium debere Sejo*; & ab eo petat ille? Nil fecit Sejus adverſus ſententiæ verba. non enim eſt vetitus, a Titio petere. tamen manifeſta arbitri voluntate, non magis eſt paritum ſententiæ arbitri, cum petiit Sejus contra ejus mentem, quam ſi petat contra verba. Sic Ulpianus *l. 21. §. 1. D. h. t.* & pluribus *l. 29. d. t.* Primum ait, *Adverſus ſententiam arbitri fit, ſi petatur ab eo a quo arbiter peti vetuit.* idque, ut dixi, ultro certum eſt: quia ſic non minus petitur adverſus verba arbitri, quam adverſus mentem. Sed finge, qui eſt ſequens caſus, peti ab ejus fidejuſſore? dices: nil fit adverſus arbitri verba. atque ita eſt: non enim vetuit, peti a fidejuſſore, ſed a reo. quid tamen intereſt rei, utrum ab ipſo petatur,

tur, an a fidejuſſore; habituro, ſi ſolverit, regreſſum ſuum adverſus reum? placuit igitur Ulpiano, in propoſito non eſſe paritum ſententiæ arbitri: quia ut nil directo petatur a reo, at vi ipſa ab eo peti intelligitur. Non idem eſſe, ait Ulpianus: ſi compromiſi cum fidejuſſore, & prohibitus ab illo petere, peto a principali reo: niſi interſit fidejuſſoris, a reo non peti. Simile exemplum eſt in *l.* 37. *D. h. t.* Ecce: mutua lis eſt inter duos. in ea ſumptus arbiter vetat, alterum ab altero petere. neuter petiit ab altero: ſed ab altero petit heres alterius. an eſt paritum ſententiæ arbitri? aliquis putet: quod nihil eſt dictum de herede: tantum eſt vetitum; ne alter petat ab altero. quod non eſt factum. ait tamen Celſus, committi pœnam: quaſi ſit factum adverſus mentem arbitri; etſi non ſit factum adverſus verba. elegante ratione: quod arbiter, ſi tantum ſenſiſſet de litigatoribus, non etiam de heredibus; magis diſtuliſſet litem, quam ſuſtuliſſet. quod non eſt probabile eum cogitaſſe: quia non deferendarum litium cauſa aditur ex compromiſſo arbiter; ſed earum tollendarum gratia. Poſſit alicui videri obſtare *l.* 27. §. 1. *h. t.* Sed non obſtat. Superioribus non importune adderetur exemplum *l.* 34. *h. t.* Verum hoc jam explicui, *De pact. & tranſact. c. ult.*

Intellecto, quando non ſtetur arbitri ſententiæ, poſſim ineptus videri, adhuc tractans, quando ei ſtetur. reſtare tamen de quo ambigatur, obſervat Celſus *l.* 23. §. 2. *D. h. t.* his verbis. *Nihil aliud eſt ſententiæ ſtare, quam id agere, quantum in ipſo ſit, ut arbitri pareatur ſententiæ.* Celſus ait, *Quantum in ipſo ſit*: credo, quia viſum, hoc ſufficere arbitro a cujus mente pendet vis ſententiæ. & exemplum Celſo in §. 1: Arbiter juſſit, me tibi dare ante Kalendas. (ſic ſpeciem concipio ex tenore loci, & conjunctione ejus cum *pr.*) ego paratus ſum dare. tu impeditus valetudine, aut alia juſta cauſa, non potes accipere. an eſt paritum arbitri ſententiæ? nam quod juſſit arbiter, non dedi ante Kalendas, ut volui dare. ſimilis dubitatio, ſi poſt Kalendas tu paratus ſis accipere, ego non dem: quia non juſſit arbiter dari poſt Kalendas: ſed ante. Quid dicimus? quod Celſus, duo eſſe arbitri præcepta: unum, dari pecuniam: alterum, dari intra Kalendas. ita non committere me in pœnam, quod non dederim intra Kalendas: quoniam per me non ſteterit, ut darem: nec tenεor ultra, quam quantum in me eſt. at me committere in eam partem, quod deinde non dem, cum jam poſſim. Ab eodem fonte idem Celſus *d. l.* 23. §. *fin.* Si, inquit, arbiter me tibi certa die pecuniam dare juſſerit, tu accipere noluiſti: poſſe defendi, ipſo jure pœnam non committi. Eodem refero *l.* 21. §. 7. & 11. *D. h. t.*

Oſtendi, ſi non ſtetur, aut non pareatur, arbitri ſententiæ, eſſe pœnæ petitionem ex compromiſſo. Deinceps monendum, eam ceſſare aliquando juſta ex cauſa: qualis in *l.* 31. *D. & l.* 3. *C. h. t.* quibus poteſt jungi *l.* 32. §. 14. *D. h. t.* de quo ſupra. ſimilis cauſa eſt: ſi arbiter non ſervavit formam compromiſſi. non enim valet ſententia: quæ non eſt de compromiſſo; nec eſt, cur ei ſtetur. proinde ſi agatur ex ſtipulatu: æquum eſt, actionem ex ſtipulatu repelli exceptione doli mali. exempla occurrunt *d. l.* 1. *C. item l.* 32. §. 15. & *ſeqq. l.* 50. *D. h. t.*

Eſt quoque ex hoc genere *l.* 39. *eod. tit.* cujus verba mihi ſuſpecta ſeditionis, paulo diligentius excutienda erunt. ſunt autem talia. *Non ex omnibus cauſis ex quibus arbitri paritum ſententiæ non eſt, pœna ex compromiſſo committitur: ſed ex his duntaxat quæ ad ſolutionem pecuniæ, aut operam præbendam pertinent. Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adverſario dari jubendo: quo in numero haberi non oportet, ſi teſtium nomina ex ſententia arbitri exhibita non ſunt.* Sic Florentiæ. in Norica editione pro, *Idem contumaciam*, eſt, *Siquidem & contumaciam.* Mea ſententia, melius. Quamquam nec ſic ad integritudinem redit locus: niſi legatur. *Non ex omnibus cauſis ex quibus arbitri paritum ſententiæ non eſt, pœna ex compromiſſo committitur: ſed ex his duntaxat quæ ad ſolutionem pecuniæ aut operam præbendam pertinent. Siquidem & contumaciam litigatoris arbiter punire poterit: quo in numero haberi non oportet, ſi teſtium nomina ex ſententia arbitri exbibita non ſunt.* Ejeci verba importuna Juriſprudentiæ, *Pecuniam eum adverſario dari jubendo.* Sic ad verum accedit ſenſus, ante falſus, non modo abſurdus. Nec timeo addere, prima verba ad verſum, *Siquidem*, eſſe Caſſii: ſequentia continere Javoleni ad eum Notas: juvante conjecturam Inſcriptione, *Javolenus lib.* 11. *ex Caſſio.* Primis verbis quæ dixi Caſſii eſſe, ſic definitur: *Non ex omnibus cauſis ex quibus arbitri paritum ſententiæ non eſt, pœna ex compromiſſo committitur.* Quæſo, qua ratione? optima: quod non poteſt arbiter quodlibet ſtatuere, nec in re qualibet, niſi de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt: ut ſupra demonſtratum. igitur ut intelligatur, quando committatur ex compromiſſo pœna, ſi non pareatur arbitri ſententiæ: conſiderari vult Caſſius, an quod juſſerit aut vetuerit arbiter, ſit ex cauſis de quibus eſt compromiſſum. taleſque cauſas facit duas. unam ait pertinere ad ſolutionem pecuniæ; eique nullam ſubjicit rationem, ut non erat opus adjici: manifeſto compromiſſi ſcopo, ut lis debiti ſolutione finiatur. alteram cauſam ait pertinere ad præbendam operam: id eſt, ut litigatores apud electum arbitrum faciant ſui præſentiam. Huc redit ſermo *l.* 2. *C. h. t.* & dicitur Caſſio *præbere* vel *dare operam* is, qui vocatus adeſt. Sic utitur Ulpianus *l.* 21. §. 11. *D. h. t.* De conviviis Plautus, *Cellar.*

lar. 1. 1. *Omnibus relictis rebus mihi frequentem operam dediſtis.* Eodem ſenſu Tacitus *lib.* 15. *Annal. c.* 52. *Prompte daturis operam qui a conjuratione integri eſſent.* Altera igitur cauſa (ex qua pœnam ex compromiſſo committi, ait Caſſius) pertinet ad operam arbitro præbendam. eſtque hujus cauſæ ratio: quod vocatus ab arbitro litigator, ſi arbitro non præbet operam, id eſt, ſi vocatus non facit ſui præſentiam, ſive ſi non adeſt: ejus contumacia ſit, ne ſententiam dicere poſſit arbiter. Eſt igitur vel illa cauſa de compromiſſo; & contumax videtur placitæ pœnæ obnoxius *d. l.* 2. *C.* & *l.* 27. §. 4. *D. h. t.* Hæc porro ratio, ut erat digna adjici illuſtrandæ Caſſii definitioni, ita ei ſubjicitur ſequentibus Javoleni Notis: *Siquidem & contumaciam litigatoris arbiter punire poterit.* Ita legendum: non, ut Florentiæ, *Idem.* non enim præſenti convenit loco; etſi per illud, *Idem*, quis intelligat *eumdem Caſſium*, ut a quibuſdam fieri video. ſervato enim hoc verbo, ſemper repetitur dictum prius. quod non ſuit Caſſio propoſitum; nec eſt boni ſcriptoris. Malim igitur legere, *Siquidem &:* atque eſſe hæc non Caſſii verba, ſed Javoleni: poſteriorem Caſſii cauſam, annotata hac ratione, explicantis. Cum autem ait Javolenus, *Contumaciam litigatoris arbiter punire poterit:* eſt ſenſus; quod arbiter, jubens ſibi operam dari a litigatoribus, in cauſa eſt, ut abſentis contumacia ex compromiſſo puniatur, adverſario pœnam actione ex ſtipulatu petente. Ita *punire* dicit Javolenus, pro facere, ut puniatur: pari loquendi forma, qua actor vel accuſator dicitur condemnare reum, pro facere, ut reus condemnetur. *l.* 6. §. 5. *D. de his qui not. infam. l.* 6. §. 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* Extant complures tales locutiones paſſim apud Veteres Auctores: quas adferrem, niſi notæ eſſent. Utilius monebo, eſſe argumentum huic meæ interpretationi clarum & certum: quod contumaciam litigatoris ipſe numquam punit arbiter, *pecuniam eum adverſario dari jubendo:* (id eſt, pœna ei directo ſeu palam indicta) quod præfert conſpurcatus locus. Quin, ſi rem ſpectamus, ne poteſt quidem eum ſic punire: quia enim non eſt arbitro jus, abſente litigatore, dicere ſententiam; ac, ſi dixit, nulla eſt *d. l.* 27. §. 4: cedo, an ullo modo poſſit contumaciam litigatoris punire, *pecuniam eum adverſario dari jubendo?* Accedit: quod his demum datur mulctæ dicendæ jus quibus publice judicium eſt, & non aliis: niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum eſt *l.* 2. §. *ult. D. de judiciis.* nihil vero ex his apparet in arbitro. is non habet juriſdictionem, ſed notionem, atque ex compromiſſo, id eſt, ex privato litigatorum conſenſu. imo ob hoc oportet invicem promitti pœnam, ut metu ejus a placitis non recedatur *l.* 1. *C. h. t.* Quid igitur reſtat? ut (quod Clementi reſcriptum *l.* 2. *C. d. t.*) *Si contra compromiſſum adverſarius tuus apud electum arbitrum præſentiam ſui facere detrectavit, placitæ pœnæ videatur obnoxius:* ſive (ut ait Ulpianus *l.* 27. §. 4. *D. h. t.*) *Si qui litigatorum defuerit, quia per eum factum eſt, quo minus arbitretur, pœna committatur.* Iſtæc res eſt. cæterum contumaciam litigatoris ab arbitro puniri directo, *pecuniam eum adverſario dare jubendo*, neque Javoleno venit in mentem, neque jus fuit umquam: cum præſertim, commiſſa pœna, ſtatim ſolvatur compromiſſum *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* ideoque poſtrema ea verba, *Pecuniam eum adverſario dari jubendo*, hactenus moleſtiſſima Juriſprudentiæ, reddidi veteri Sciolo, non advertenti, a Javoleno *punire* dici, pro facere, ut puniatur. Superſunt hæc Javoleni verba. *Quo in numero haberi non oportet, ſi teſtium nomina ex ſententia arbitri exhibita non ſunt.* Senſus: Quod in numero contumaciæ de qua dictum, non debet haberi, ſi a litigatore non pareatur ſententiæ arbitri: jubentis, ſibi edi teſtes quos ille profeſſus ſit ſe habere. nam ſi eos non edit: non probat, ſuam intentionem. ita poteſt arbiter reum, prout res poſtulat, aut condemnare aut abſolvere.

TITULUS IX.

Nautæ, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant.

JACOBUS Cujacius, V. CL. *lib:* 23. *Obſerv. c.* 16. putat, hunc Titulum eſſe alieni loci; nec magis ad ſuperiora pertinere, quam alium quemvis. ut tamen ſubjiceretur Titulo De receptis, in cauſa fuiſſe *Recepti* verbum: cujus una ſpecies eſt allata ſuperiore, altera hoc Titulo exponitur. ac ſimile quid ſupra contigiſſe ſub Titulo De calumniatoribus.

Verba Prætoris ſunt. *Nautæ, caupones, ſtabularii, quod cujuſque ſalvum fore receperint, niſi reſtituant, in eos judicium dabo.* Utilitatem hujus Edicti ſummopere commendat Ulpianus *l.* 1. §. 1. *h. t.* ait enim, eſſe maximam. primum, quia neceſſe eſt plerumque ſequi fidem nautarum, cauponum, & ſtabulariorum, & res eorum cuſtodiæ committere. deinde eſt in ipſorum arbitrio, ne quem recipiant. (ſic Florentiæ, *Ne quem.* male, propter *l. unic.* §. *ult. Furt. adverſ. naut. caup. ſtab.* melius apud Haloandrum, *Ne quædam.* ipſe malim, *Ne quæ*) præterea, niſi hoc eſſet ſtatutum, daretur eis materia coëundi cum furibus; eum ne nunc quidem abſtineant hujuſmodi fraudibus.

Qui ſint igitur, qui teneantur, videndum eſt. Ait Prætor, *Nautæ.* Hoc verbum eſt generale: complectens univerſos qui navis

na-

Digitized by Google

navigandæ cauſa in nave ſunt. ſed in propoſito Prætor nautam per excellentiam vocat eum, qui navem exercet. ita Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* Eſt autem exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, ſive ſit navis dominus, ſive navem a domino vel ad tempus, vel in perpetuum conduxit per averſionem *l.* 1. §. 15. *D. de exerc. act.* id eſt, uno pretio *l. ult. §. ult. D. de leg. Rhod. de jact. l.* 36. *l.* 51. §. 1. *D. Locat.* Ille exercitor in *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* etiam navicularius nominatur: ſoluſque non immerito de recepto tenetur: quia æquum eſt, eum ex ſua promiſſione teneri: at invitum aut ignorantem obligari per alium, per remigem, verbi gratia, vel meſonautam, perquam abſurdum eſt. Videtur tamen Ulpiano nautæ appellatione etiam navis magiſter comprehendi *d. l.* 1. §. 2. *h. t.* id eſt, is cui ab exercitore mandata eſt totius navis cura *l.* 1. §. 1. *D. de exercit. act.* quia ei rei exercitoris voluntate præeſt: nec intereſt, utrum hic per ſe, an per alium, quid ſalvum fore recipiat. Quamquam (ſic pergit Ulpianus *d. l.* 1. §. 2) ſi ipſe exercitor alicui e nautis, id eſt, ut ego explico, alii cui e nautis, committi juſſit, ſine dubio debet obligari. & in §. 3. exemplum ponit in his qui ναυφύλακες, id eſt, navium cuſtodes dicuntur; item de his qui diætarii appellantur. ſunt autem diætarii (ut putat Cujacius *lib.* 27. *Obſerv. c.* 31, & poſt eum Pancirollus, *Theſ. var. lect. c.* 56.) ſub quorum cura cubicula & cœnationes, ubi arcæ & merces deponuntur. nam ut in ædibus, ſic in navibus, diætæ. Petronius *Satyric. c.* 115. *Tum vocum concurſu facto, audimus murmur inſolitum & ſub* diæta magiſtri, *quaſi cupientis exire belluæ gemitum.* Quid, ſi exercitor facit id quod χειρέμβολον, id eſt, manus immiſſionem, appellant? Hoc verbo utitur Ulpianus in *d.* §. 3. ſed quid ſignificet, ignoratur. Etſi liceat ex ſerie *d. l.* 1. §. 2. & 3. conjicere, deſignari officium recipientis quid ſalvum fore in nave. quaſi huc redeat Ulpiani diſputatio: Prætor quidem in Edicto generaliter ait, de recepto teneri nautam. at de exercitore ſolummodo ſentit: eo quod non oportet eum per remigem aut meſonautam ſine ſua voluntate obligari? ſed æquum eſt, eum teneri per ſe, vel per magiſtrum, a ſe navi ſuæ præfectum. ſi tamen exercitor juſſit, committi alii cui e nautis: adhuc rationis eſt, obſtringi eum. hoc vero evenit in his, qui ab eo navi cuſtodiæ gratia præponuntur, ut ſunt ναυφύλακες, id eſt, navium cuſtodes & diætarii. ſi quis igitur ex his receperit, quid ſalvum fore: danda in exercitorem eſt actio de recepto: propterea quod eos hujuſmodi præponens officio, eis committi permittit. quid tamen, ſi navis cuſtos aut diætarius quid receperit tum, cum exercitor vel magiſter navis præſens, per ſe ipſe recipit merces ſalvas fore? nihilominus valet receptum, ex eoque obligatur exercitor: quia verum eſt, diætarium aut cuſtodem navis, idcirco quod præſens exercitor aut magiſter etiam ipſe facit χειρέμβολον, ab illo miniſterio non eſſe remotum. ſed & ſi hoc non extet: id eſt, ſed & ſi exercitor aut magiſter navis non eſt præſens, nec per ſe quoque facit χειρέμβολον, tamen obligatur exercitor ex recepto diætarii aut cuſtodis navis. nam ſi præſens tenetur: quid ni abſens? Simpliciſſimus hic Ulpiani ſenſus, mea opinione. Etiam mihi perſuadeo, *χειρέμβολον facere* ab Ulpiano eodem dici modo, quo apud Plautum, *Aſin.* t. 3. officium facere; & apud Phædrum, *lib.* 1. *fab.* 15, medicinam facere; & apud Ulpianum *l.* 4. §. 3. *D. de edendo* argentariam facere, dicitur. Aliis aliud, hoc mihi, incidit. Ut ut erit: apparet, Nautæ appellatione in Edicto navis exercitorem contineri. An & ratium aut lintrium? ſæpe diſtinguuntur naves & rates: item naves & lintres. Nonius lintres exponit naves fluminales: & allegat illud Virgilii *lib.* 1. *Georgic. Cavat arbore lintres.* Inde exercitores lintrarii in Corpore I. Gruteri *pag.* 492. *Inſcr.* 5. De rate ſic Iſidorus *lib.* 9. *Origin. c.* 2. Rates primum & antiquiſſimum genus navigii e rudibus tignis aſſeribuſque conſertum. ad cujus ſimilitudinem confectæ naves, ratariæ dictæ. nunc jam rates abuſive naves. nam proprie rates ſunt, connexæ invicem trabes. Quid igitur? Ulpianus *l.* 1. §. 4. *h. t.* ait, de exercitoribus ratium & lintrariis nihil caveri: ſed idem conſtitui, & hoc uſu receptum eſſe. ac ſimile in *l.* 1. §. 14. *D. de fluminib.* & *l.* 1. §. 6. *D. de exerc. act.*

Ait Prætor, *Caupones, ſtabularii.* Gajus *l.* 5. *h. t.* interpretatur, caupones eſſe, qui patiuntur, viatores in caupona manere: id eſt, pernoctare & cubare: ut apud Suetonium *Julio c.* 39. *Auguſto c.* 72. *Calig. c.* 55. & notat Salmaſius ad Capitolinum *M. Antonin. Philoſoph. c.* 12. *p.* 315. Porro vocat Gajus ſtabularios, qui permittunt, jumenta apud ſe ſtabulari. atque ita ſtabulum accipitur *l.* 13. *in fine D. de uſufructu.* quamquam alibi ſumitur pro manſione hominum, id eſt, pro diverſorio ſeu caupona: ut notum. Sed hic diſtinguuntur. alioquin caupones & ſtabularios, auctore Ulpiano, æque accipiemus eos qui cauponam vel ſtabulum exercent, inſtitoreſve eorum. cæterum, ſi quis opera mediaſtini fungitur, non continetur: ut puta atriarii & focarii, & his ſimiles *l.* 1. §. 5. *h. t.*

Deinde ait Prætor, *Quod cujuſque ſalvum fore receperint.* Verbum, *Quod*, Ulpianus *d. l.* 1. §. 6. & 7. exponit quamcumque rem, ſive mercem. indeque eſſe quæſitum ait, ſi quid ei rei ſive merci accedat, puta veſtimentum aut ſimile, ad uſum quotidianum ejus qui in nave ſit, pertinens: an hoc quoque eo verbo contineatur? poterat quis putare, hoc non contineri. primum, quia navium uſus magis ad mercium, quam ad veſtium ſimiliumve

re-

rerum, tranſvectionem comparatur. deinde nulla debetur vectura rerum quæ accedunt cæterarum rerum locationi: iniquum autem ſit, ad nautam pervenire incommodum rei cujus nullum habet commodum. Sed quia generalia ſunt Edicti verba, magis obtinuit, eis non tantum merces, ſed cætera etiam quæ ad eas accedunt, comprehendi. eo magis: quia plerumque eſt eadem acceſſorii ratio quæ eſt principalis. ſane in commodato reſponſum, cuſtodiam a commodatario præſtandam non in re commodata tantum, ſed in ea quoque quæ eam ſequitur *l.* 5. §. 9. *D. Commodati.* quid ni igitur idem putemus in recepto? quin ſi rem ſpectamus: nautæ hoc Edicto non tenentur ob mercedem vecturamve; ſed ob receptum. receperunt autem, ſalvam fore non minus rem acceſſoriam, quam principalem. igitur quod de mercede aut vectura contra dictum fuit, nullam habet juris conſequentiam. ita ex Viviano Ulpianus *d. l.* 1. §. 6. & plenius Paulus *l.* 4. §. 2. *h. t.* ſtetitque ab ea parte etiam Gajus *l.* 5. Ait igitur Prætor, *Quod:* & quia late patet ejus verbi poteſtas; placet Pomponio apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 7. parvi referre, res noſtras, an alienas intulerimus: ſi tamen noſtra interſit, ſalvas eſſe. Et cauſatur Ulpianus, Etenim nobis magis, quam quorum ſunt, debent ſolvi.

Cæterum Prætor, cum ait, *Receperint*, eo verbo intelligit, promiſerint. recipere enim eſt, promittere. itaque qui receperint rem ſalvam fore, in Edicto ſonant, qui promiſerint rem ſalvam fore. Quemadmodum autem receperint, nihil refert. nam & tacite recipi poteſt. Ita illatæ in navem res, receptæ ſunt, etſi non ſint adſignatæ *l.* 1. §. *ult. h. t.* Imo etſi nondum ſint in navem receptæ, ſed in littore perierint: quas ſemel recepit exercitor, earum periculum ad eum pertinet *l.* 3. *h. t.* Sufficit igitur, receptum eſſe: & quatenus ad verba Edicti; non refert, utrum nautæ, caupones, ſtabularii receperint, tamquam negotium ſuum gerentes, an tamquam aliud: eſt enim generalis Edicti ſermo. ſed contra eſt, ejus mentem ſpectantibus: non enim videtur Prætor ſenſiſſe de aliis, quam qui rem ſalvam fore receperint velut nautæ, aut caupones, aut ſtabularii. itaque ſi alibi, quam in nave, aut caupona, aut ſtabulo, paſſi ſint, quid immitti: non erit huic Edicto, ſed aliis actionibus, locus. licet enim ſit nauta, caupo, aut ſtabularius: utique recepit extra ſuum negotium, ſive navis, ſive cauponæ, ſive ſtabuli: & ideo non tamquam nauta, caupo, aut ſtabularius: quos innuit Prætor *l.* 3. §. 2. *h. t.*

Porro ait Prætor, *Salvum fore.* Hæc verba ſic accipienda ſunt: ut nauta præſtet factum non ſolum nautarum, ſed & vectorum: & caupo etiam viatorum. verbum enim, *Salvum*, cum effectu intelligitur: nec præſtatur ſalvum: niſi ſalvum ſit adverſus omnes *l.* 1. §. *ult. l.* 2. & 3. *h. t.* Hoc plus monet Gajus *l.* 5. §. 1. quod qui ſalvum fore receperit, non ſolum videtur a furto, ſed etiam a damno, ſalvum recipere.

Sequitur in Edicto, *Niſi reſtituent, in eos judicium dabo.* Ex his verbis apparet, hoc Edictum differre a ſuperiore. quod eſt *De receptis. & qui arbitrium receperunt &c.* nam illic ait Prætor, *Cogam*; & extraordinariam deſignat cognitionem. hic ait, *judicium dabo*; quod eſt ordinarii judicii. Id ſi animadvertiſſet Jacobus Gothofredus *Manuali Juris:* non reprehendiſſet Jacobum Cujacium: eo quod in *Obſervationibus* hoſce Titulos parum cohærere, exiſtimavit.

Sed redeo ad Edictum. Ait, *Judicium in eos dabo.* Judicium hoc eſt in factum, *l.* 3. §. 1. *h. t.* & comparatum ad reſtitutionem rei, non ad pœnam. id colligitur ex adjectis verbis, *Niſi reſtituant*, nullam facientibus pœnæ mentionem. inde dicitur continere rei perſecutionem *d. l.* 3. §. 4. Ejus judicii cauſa eſt obligatio ex recepto: id eſt, ex conventione a Prætore hoc Edicto confirmata. Habet autem locum; ſi nauta, caupo, aut ſtabularius, aliquid receperint fore ſalvum. Datur porro his quorum intereſt, merces ſalvas eſſe, ſive ſint eorum, ſive alienæ *l.* 1. §. 7. *h. t.* Datur vero in nautas, caupones, aut ſtabularios; nec minus heredibus, & adverſus heredes. Ad quid? ad hoc, ut reſtituant quod ſalvum fore receperint; alioquin ad id quod intereſt, id factum eſſe. eſt igitur rei perſecutoria, ut dixi, & perpetua *d. l.* 3. §. 4 cui jungi poteſt *l.* 35. *D. de obligat. & act.*

Expoſita eſt in factum actio quæ ex hoc Edicto de recepto a nautis, cauponibus, & ſtabulariis, proficiſcitur. Sed an ſit neceſſaria, fuit quæſtionis? eam quæſtionem proponit & diſſolvit Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. & eſt locus ille elegans. In quo primum notanda hæc locutio, *Ut innoteſceret Prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum*: quam locutionem obſervat Scipio Gentilis *lib.* 1. *Parerg. c.* 6. Deinde tractat Ulpianus, quid in recepto præ[t]ertim præſtare nautam, cauponem, & ſtabularium oporteat. Sic autem inſit: *Et quia in locato conducto culpa, in depoſito dolus duntaxat præſtatur; at hoc Edicto omnimodo qui recipit, tenetur: etiamſi ſine culpa ejus res periit, vel damnum datum eſt; niſi ſi quid damno fatali contingit. inde Labeo ſcribit, ſi quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non eſſe iniquum exceptionem dari.* In his verbis *Sine culpa* eſt, ſi quid damno fatali contigit. igitur etſi nulla ſit nautæ, aut cauponis, aut ſtabularii, culpa, tamen tenentur de fortuito caſu ipſo jure. ſed illis fas eſt, ſe tueri per exceptionem, Niſi ſi quid damno fatali contigerit. ita reſtat, ut de dolo & omni culpa teneantur, etiam leviſſima: cum depoſitarius tantum de dolo & culpa lata conveniatur; & in locato nil ultra levem præſtetur. is ſenſus *d. l.* 3. §. 1:

De

De concurſu hujus actionis cum aliis vid. *d. l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *h. t.*

Satis de actione in factum de recepto a nautis, cauponibus, & ſtabulariis: de qua actione Paulus egit lib. 13. Ad Edictum, & Ulpianus lib. 14. Sequens labor ſpectat ad actionem in factum adverſus nautas, caupones, & ſtabularios, de damno injuria dato; de qua præterea ſub hoc Titulo agitur. eſt autem hæc ſuperiori diſſimilis: ideoque confundi cum ea non debet. cum enim illa ſit ex recepto, & rei perſecutoria; hæc eſt quaſi ex maleficio, & pœnalis. hanc (quantum accepi ex Inſcriptione *l. pen. & ult. h. t.*) conjunxit Prætor cum Titulo Ad Legem Aquiliam, ad cujus interpretationem ſpectat. nam prior deſumpta eſt ex Pauli lib. 22. Ad Edictum; poſterior ex Ulpiani lib. 18: quibus libris eos Legem Aquiliam expoſuiſſe, ex ejus Tituli Fragmentis manifeſtum eſt. Similis actio in factum adverſus nautas, caupones, & ſtabularios, propoſita a Prætore fuit de furto in nave, caupona, aut ſtabulo, admiſſo ab his, quos ad ſuum miniſterium ibi adhibeant. de hac actione ſcripſit Ulpianus lib. 38. Ad Edictum: ut liquet ex *l. unic. D. Furti adverſ. naut. caup. & ſtab.* in qua reſtat Edicti ſenſus: nam verba delevit longa ætas. attigit eam actionem leviter Paulus *l.* 6. *pr. &* §. 4. *D. h. t.* differam igitur ejus explicationem: donec perveniam ad lib. XLVII.

Nunc exponam Edictum de damno injuria dato in nave, caupona, aut ſtabulo. ejus Edicti verba ſimiliter periere. ſententia videtur talis fuiſſe. *In nautas, caupones, & ſtabularios, ſi damnum injuria datum erit ab his quorum opera navem, cauponam, aut ſtabulum, exercent, in duplum judicium dabo: niſi prædixerint, ut unuſquiſque res ſuas ſervet, & prædictioni conſenſum ſit.* Ratio Edicti ſumma. quid ni enim exercitor navis, cauponæ, aut ſtabuli, actione in factum ſuo nomine teneatur, damno injuria dato per eos quorum opera uſus ſit in nave, caupona, aut ſtabulo? nam ut ipſe non deliquerit, qui per ſe non dederit damnum injuria: eſt tamen aliqua ejus culpa; quod malos adhibuerit homines, per quos læſi in nave, caupona, aut ſtabulo, ſunt vectores aut viatores *l.* 5. §. *ult. D. de oblig. & act.* Igitur intereſt inter hoc & ſuperius Edictum. nam exercitor illic propter receptum tenetur: hic propter damnum injuria datum. eaque duo, ut ſunt diverſa, ſic confundi non oportet. in propoſito autem exercitor tantum tenetur de facto eorum quorum opera navem, cauponam, aut ſtabulum, exercet: niſi quod caupo etiam pro his qui habitandi cauſa in caupona ſunt, convenitur: viatoris autem nomine, ejuſve qui hoſpitio repentino recipitur, non tenetur *l.* 6. §. 3. *D. h. t.* pulchra ratione, quæ eſt in *l. unic.* §. *ult. D. Furt. adverſ. naut. caup. & ſtab.* Ulpianus *l.* 7. *h. t.* debet, inquit, exercitor præſtare factum omnium nautarum ſuorum; ſive liberi, ſive ſervi ſint: cum ipſe eos ſuo periculo adhibuerit. etſi quod de ſervis refert, tunc verum eſt; cum alienos adhibuit: hic enim debuit explorare, cujus fidei atque innocentiæ ſint. at ſi proprios adhibuit: fortaſſis erit venia dignus quaſi in domeſtico & neceſſario malo: nimis nota ſervorum nequitia. quare ſufficit, ex his quales quales ad inſtruendam navem adhibuiſſe; & noxæ deditione defungetur *d. l.* 7. §. 4. quod non ita eſſe in recepto, ſupra dictum. Quid, ſi nautæ ſervus damnum dederit? poterat dubitari: quia hujus aut illius nautæ ſervus non utique eſt nauta, aut tamquam talis ab exercitore adhibetur. Sed creditum eſt, æquiſſimum eſſe, adhuc in exercitorem eo nomine dari actionem utilem *d. l.* 7. §. 3: quia ut ipſum hunc ſervum non adhibuerit exercitor, ideoque adverſus eum non detur directa actio: uſus tamen eſt ſervi domino; paſſuſque, ſervum cum eo eſſe in nave. ſed nec magnopere intereſt, utrum per ipſum dominum, an per ejus ſervum, damnum injuria datum ſit. Inde quæſitum; ſi nautæ inter ſe dederint damnum: an eo oneretur exercitor? negat Ulpianus *d. l.* 7. §. 2: eo quod læſus non recte imputet exercitori; cur eos adhibuerit nautas ex quibus ipſe, citra neceſſitatem, eſſe elegerit. Quid, ſi quis ſit & nauta & mercator? poſſit alicui idem videri: quia ejus factum ſolet ab exercitore aliis idcirco præſtari, quod ejus opera utitur. interim tam eſt mercator, quam nauta: & ideo exercitorem etiam ipſi teneri, magis placuit *d. l.* 7. §. 2. Sed apparet, exercitorem quaſi ex maleficio teneri: ſi ab his quorum opera uſus ſit, damnum injuria datum ſit. nec eſt omittendum, quod ait Paulus *l.* 6. *h. t.* licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris, non tamen in factum actiones tibi denegari, ſi damnum injuria paſſus es. Unum deſideratur, ut damnum datum ſit in nave, caupona, aut ſtabulo: nam ſi extra navem, licet a nautis erit datum: nihil pertinet ad hoc Edictum *d. l.* 7.

Idem ait Prætor, ſi exercitor prædixerit, ut unusquiſque vectorum res ſuas ſervet, neque ſe præſtiturum damnum; & vectores conſenſerint prædictioni *d. l.* 7.

Poſtremo ait Prætor, *In duplum actionem dabo.* Hæc clauſula extat in *d. l.* 7. §. 1. ex eaque apparet: quod hæc actio eſt pœnalis. non tamen eſt annua, ſed perpetua *d. l.* 7. §. *ult.* ut ut prætoria: ſicut furti manifeſti actio, quamvis ex ipſius Prætoris juriſdictione proficiſcatur, perpetua eſt. *pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* Minus neceſſe ſit, moneri; quod hæc in factum actio non datur adverſus heredem exercitoris. nam id eſt conſequens naturæ actionis pœnalis quaſi ex maleficio. Præivit tamen vel hac in parte Ulpianus *d. l.* 7. §. *ult.* Niſi ille in *l.* 3. §. 4. *D. h. t.*

Digitized by Google

contra ſic ſcribit: *Hæc autem rei perſecutionem continet, ut Pomponius ait; & ideo & in heredem, & perpetuo dabitur.* Sed noli miſcere quæ diſtant toto cælo. nam in *d.* §. 4. ab Ulpiano non exponitur actio in factum de damno injuria dato in nave, caupona, aut ſtabulo; de qua agitur in *d. l. ult.* §. *ult.* ſed actio in factum de recepto a nauta, caupone, aut ſtabulario: quæ non eſt quaſi ex maleficio, ſed ex conventione: nec pœnalis in duplum, ſed rei perſecutoria. Non opus verbis: huc ducit varietas Inſcriptionum utriuſque capitis, quam indicavi paulo ante, & annotavi pridem *lib.* 2. *Obſerv. c.* 9.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS SECUNDA.

LIBER QUINTUS.

TITULUS I.

De judiciis: & ubi quiſque agere vel conveniri debeat.

SUPERIORE libro vidimus duas cauſas adeundi in jure Prætoris. hoc ſequitur tertia: atque illa eſt, ut actori poſtulanti det actionem & Judicem, præſcripta formula: ſecundum quam cauſa ab eo cognoſcatur, & reo damnato vel abſoluto, lis inſtituta terminetur. Demonſtratum hoc eſt *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio c.* 13. & *c.* 15. Nec eſt jam diſſimulandus ejus effectus valde inſignis & notabilis: videlicet, quod exinde lis eſſe dicitur conteſtata *l. unic. C. de litis conteſt.* item judicium ſuſceptum *l.* 52. *D. h. t.* & eo inter litigatores quaſi contractum *l.* 3. §. 11. *D. de peculio*, item novatio facta, indeque actio eſſe perpetua & ad heredes tranſitoria, quamquam ante non erat talis *l.* 11. & *l.* 29. *D. de novat.* §. 1. *Inſt. De perpet. & temp. act.* poſtremo ſolet Procurator lite conteſtata haberi litis dominus *l.* 22. & *l.* 23. *C. de procurat.* Sit igitur Judicis, actioniſque & formulæ petitio, tertia & nobilis cauſa adeundi in jure Prætoris; & præſentem Titulum ſuperioribus ſubjiciendi.

Partes autem Tituli duæ ſunt: una de judiciis: altera, ubi quiſque agere vel conveniri debeat. prius agam de judiciis. Eſt autem judicium, legitima diſceptatio inter actorem & reum apud Judicem competentem, litis finiendæ vel maleficii puniendi gratia. Nimirum ſic *pro Cæcina* ſcribit Cicero: *Omnia judicia aut diſtrahendarum controverſiarum, aut puniendorum maleficiorum cauſa reperta ſunt.* Ac pro diverſitate hujus finis alia civilia, alia criminalia appellantur. civilia quidem; cum ad privatæ injuriæ, privatique juris, ſive commodi executionem ſpectant. criminalia vero; cum ſunt pro vindicanda reipublicæ diſciplina, atque ad ejus, non ad actoris, utilitatem referuntur. ita actor in civili judicio ſibi conſulit: pœnam pecuniariam, vel quod ſua interſit, petens ſibi dari. accuſator in criminali judicio non ſe reſpicit, ſed fiſcum: tantum pœnam petens, eamque non ſibi, ſed fiſco ſolvi: ſive ſit corporis, ſive pecuniæ. prius indicat Cicero *Verrina* 1. *c.* 10. ſimulque, hoc ordinarii juris fuiſſe. verba Ciceronis: *Civibus cum ſunt ereptæ pecuniæ, civili fere actione, & privato jure repetuntur.* Utrumque probat Paulus *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*, verbis ſequentibus: *Quod illicite publice privatimque exactum eſt, cum altero tanto paſſis injuriam exſolvitur: per vim vero extortum cum pœna tripli reſtituitur. amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicæ diſciplinæ poſtulat.* Paulus ſignificat, quod a publicano illicite exactum, vel per vim extortum ſit, id & privatam utilitatem offendere, & vigorem publicæ diſciplinæ infringere. Igitur pro utroque vindicando recte agi: privatim quidem tripli vel dupli, id eſt, jure ordinario, ſive civili actione: publice vero criminaliter, ſive extra ordinem, id eſt, extra ordinem jure civili olim receptum: alterum privatæ utilitati, alterum vigori publicæ diſciplinæ, eſſe conſequens. Igitur, ut rem in pauca conferam, quiſquis civiliter & ordinario jure agit, is ſibi petit, non fiſco: quiſquis extra ordinem agit, is non ſibi petit, ſed fiſco, ſive reipublicæ. ſic jam docui *Diocletiano & Maximiano c.* 2. nec aliud in præſenti præterea deſideres: niſi quod hoc eſſe criminaliter agere, etiam intelligitur collatione *l. ult. D. de furtis & l. ult. D. de privat. delict.* nec referre; utrum quæ petitur pœna, ſit corporis, an pecuniæ; modo fiſco petatur. nam ſi actori petatur, quamvis per conſequentiam etiam reipublicæ conſulatur, tantum civile judicium eſſe exiſtimatur *d. l.* 9. §. 5. Erit fides Ulpiano, de actione depoſiti quæ ſemper civilis

Digitized by Google

vilis eſt, ac tantum actori petit, hoc modo atteſtanti *l.* 1. §. 4. *D. Depoſiti. Hæc ſeparatio cauſarum juſtam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit, nec depoſitum redditur, contenſus eſſe debet ſimplo. cum vero extante neceſſitate deponat, creſcit perfidiæ crimen: & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ reipublicæ cauſa: eſt enim inutile in cauſis hujuſmodi fidem frangere.*

Eſt igitur judicium, ut bene præfert definitio, comparatum vel litis finiendæ, vel maleficii puniendi, gratia. Addit, eſſe diſceptationem inter actorem & reum apud Judicem competentem. nam ita conſtituitur judicium ex tribus: ex actore qui petat, ex reo a quo petatur, & Judice qui inter utrumque ſedeat medius. abſente una ex tribus perſonis; non eſt judicium. fac, deficere eum qui petat, aut unde petatur. non eſt lis: ideoque nec Judice, nec judicio opus. fac, utrumque eſſe, ſed Judicem deſiderari. jam litem dicas: at judicium non dices. ſed ratione intelligitur, etiam ex Ulpiano *l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* ut judicium ſit, oportere & actorem & reum & Judicem eſſe.

Primum poſui actorem qui petat, maxime volens. ut enim judicia eſſe dicantur inter invitos *l.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* reum ſpectantibus, qui & fugiens & fugere dicitur *l.* 13. §. 2. 3. 9. *C. h. t.* nemo tamen invitus agere vel accuſare cogitur. ſic Diocletianus *l. unic. C. Ut nem. invit. agere. vel accuſ. cog.* & magna ratione. cur enim improbet Prætor verecundiam ejus qui lites execratur? utatur igitur qui velit, ſua actione: qui nolit, ne cogatur. Res certa: & eſt ſic reſcriptum a Diocletiano & Maximiano *l.* 20. *C. de pignorib. & l. ult. C. de uſur. pupillarib.* Aliquem moretur *l.* 5. *C. de ingenuis manumiſſis*, a primis verbis *Lex Diffamari* appellata. Vulgo creditur, ea permitti unicuique cujus fama alterius jactatione læſa ſit, diffamatorem cogere, ſuam actionem intra certum tempus intendere ſub pœna ſilentii, ſi ceſſet. Sed eſt ſomnium. en verba: *Diffamari ſtatum ingenuorum, ſeu errore, ſeu malignitate quorumdam, periniquum eſt: præſertim cum affirmes diu Præſidem unum atque alterum appellatum a te, vocitaſſe diverſam partem, ut contradictionem faceret, ſi defenſionibus ſuis confideret; unde conſiat merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis, ſententiam dediſſe, ne de cætero inquietudinem ſuſtineres. Si igitur adhuc diverſa pars perſeverat in eadem obſtinatione: aditus Præſes provinciæ ab injuria temperari præcipiet.* Tenes verba: porro ſpeciem accipe. Aliquis præ ſe tulit, Creſcentem quemdam ſuum eſſe libertum. Creſcens ille de hoc queſtus eſt apud Præſidem, & hoc mortuo, apud ejus ſucceſſorem: petens, diffamatorem, ſi defenſionibus, id eſt, juri ſuo confidat, contradictionis faciendæ cauſa evocari. evocatus ille ubi non parebat evocationi; obtulit Præſidi Creſcens ſuæ documenta ingenuitatis. his motus Præſes, eam ſua confirmavit ſententia: vetans, ne ejus ſtatum deinceps turbaret diffamator. ſed cum hic in eadem perſeveraret obſtinatione: mox interpellati per Libellum à Creſcente Imperatores Diocletianus & Maximianus, juſſerunt, ab eo denuò adiri Præſidem: præcepturum, ab injuria temperari. Hic eſt tenor Reſcripti. at non de quacumque diffamatione; ut ab Interpretibus paſſim doctis & claris cum in Foro, tum in Academiis putatur: ſed de diffamatione ſtatus ingenuitatis. hunc Imperatores diffamato permiſerunt illo tueri modo: qua ratione? mihi nulla liquet: niſi ſit ſavor libertatis. qui ſi non eſt; ſolum quod licet, dicam, hac in ſpecie ſic placuiſſe jure ſingulari: nec tamen ex *d. l.* 5. non enim eſt Lex nova, ſed eſt Reſcriptum ad factum a Creſcente oblatum. quin ſuit jam ante juris recepti; ut poſſit quis ſtatus ſui probationes ultro adſerre *l.* 39. *D. de liberali cauſa. l.* 14. *D. de probationib.* illud vero in una receptum cauſa ad alias trahi per conſequentiam non oportet: cum præſertim ab iiſdem Impp. Diocletiano & Maximiano (quorum eſt *d. l.* 5.) alias ſit ſine exceptione traditum, neminem qui nolit agere, invitum cogi agere. Non ignoro, id ſallere, quoties ab alio agi, alterius interſit; utique pecuniarie, atque idonea ex cauſa *l.* 13. §. *ult. D. de actionib. empt. l.* 60. §. 5. *D. Locati. l.* 8. *D. de opt. leg. l.* 75. §. *fin. D. de legat. lib.* 1. *l.* 2. *D. De Leg. Rhod. de jact. l.* 2. §. 28. *D. Ne quid in loc. public.* Sed in his exemplis non eſt diffamati exiſtimatio alterius jactatione infuſcata. Quid ſi præterea eſt aſſuetus Prætor, factis remedium dare, ac minas luſorias & verborum inania contemnere *l.* 4. *D. Si cui plus quam per Leg. Falcid. l.* 9. *D. Quod met. cauſ.*? Quod ſi delicatior aliquis injuria ſe affici hujuſmodi jactatione arbitretur: eſt actio injuriarum. hac utatur: auxilium a *d. l.* 5. ne exſpectet. Idem eſt animadvertere, ſi quis dicat, ſuam eſſe hereditatem, quam alius jactet eſſe ſuam: nam neque hic patet *d. l.* 5. ſed petitio hereditatis: ac ne hæc quidem datur adverſus eum qui ſe ferat heredem, cum nihil poſſidet; ſed demum adverſus poſſeſſorem vel hereditatis, vel rei hereditariæ, vel juris hereditarii, licet minimi. Simile eſt in rei vindicatione, ſi cui ægre ſit, ab alio clamari, ſe eſſe dominum rei, cujus poſſeſſor idem ſit & dominus. nam domino ſufficit quod poſſidet, quantumvis alter jactet, ſe eſſe dominum. Sic Ulpianus *l.* 1. §. 6. *D. Uti poſſidetis.*

Sed apparet, neminem invitum, regulis juris cogi agere: volentem poſſe agere: modo habeat legitimam perſonam ſtandi in judicio. Huc ducit Titulus Codicis, *Qui legitimam perſonam ſtandi in judiciis habeant, vel non.* De his igitur videamus. Summa ſpectat ad ſervos, filiosfamilias, & patresfamilias. Quod ad ſervos attinet: de his parata eſt reſponſio,

quia pro nullis habentur jure civili *l.* 32. *D. de reg. jur.* ſi quam adquirant actionem, non eſſe eorum, ſed domini; ſolumque ea proinde experiri dominum: ſervum vero in judicio neque per ſe ſtare, neque per procuratorem. Uſque adeo, ut ſic ſcribat Papinianus *l.* 44. §. 1. *D. h. t. Cum poſtea ſervus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuerat actum, abſolvi debitorem oportet.* Æque recte addit: *quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obſtabit.* Nimirum, quia non ab actione quæ domini eſt, abſolutus debitor eſt; ſed ab inſtantia ſervi quæ erat inutilis & plane nulla. Non igitur poteſt inter ſervum & liberum civile judicium conſiſtere *l. ult. C. de noxal. action.* multoque minus inter ſervum & dominum: non ſinente ratione, ut quis ſibi a ſe petat. In criminali autem judicio ut ſervus accuſet dominum, ad exemplum ſpectat. atque hac ratione apud Tacitum *lib.* 13. *Annal. c.* 10. non eſt receptus in reos Carinas Celer ſervo accuſante. Fuit tamen utraque in cauſa aliquid laxatum de rigore juris. Utique Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 22. *De injuriis dominorum in ſervos qui audiat, poſitus eſt, qui & ſævitiam, & libidinem, & in præbendis ad victum neceſſariis avaritiam compeſcat.* Sic Seneca. nec indignatur Ulpianus; etſi non alias, quam ſi de dominis querantur, & verecunde expoſtulent ſervi; non autem accuſent dominos: hoc enim, inquit, ſervis nequaquam permittendum *l.* 1. §. 1. & §. 8. *D. de offic. Præfect. Urb.* Curate Ulpianus, cum eos queri vult. nam hoc eſt eorum quibus non licet cum eo de quo queruntur, pari jure conſiſtere. Sic de Diis queri homines, indicat hoc Martialis *lib.* 1. *Epigr.* 13.

—— Timuit noſtras fortuna querelas,
Quæ par tam magnæ non erat invidiæ.

Similiter liberi dicuntur queri de inofficioſo patris teſtamento; & remedium quo id reſcinditur, querela vocatur: quia Lege Duodecim Tabularum valebat inofficioſum patris teſtamentum *pr. Inſt.* & *l.* 1. *D. de inoffic. teſtam.* Inſuper dicitur appellatio continere querelam iniquitatis ſententiæ *l.* 17. *D. de minorib.* & ipſa querela appellatur *l.* 10. *D. Qui ſatiſd. cog.* puto, quod Judicis ſententia, licet iniqua, inter privatos jus facit *l.* 11. *D. de juſtit. & jur.* Poſtulat igitur Ulpianus, nam ad eum redeo, ſervos de dominis queri, non etiam dominos accuſare. hoc vero cavet, ne directo adeant Præfectum Urbi: (quod eſſet dominos accuſare) ſed prius ad ſtatuam confugiant, & inde abducantur; ut querentes a Præfecto audiantur. Sic Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *D. de offic. Præfect. Urb.* nec tamen negat in §. 8, receptas fuiſſe cauſas in quibus ſervis permitteretur conſiſtere adverſus dominos: eaſque cauſas refert Hermogenianus *l.* 53. *D. h. t.* Satis de ſervo.

Tranſeo ad filiumfamilias. quid hic? non poteſt ſtare contra patrem, in cujus poteſtate ſit: non magis, quam ſervus contra dominum. clare Gajus *l.* 4. *d. t. Lis*, inquit, *nulla nobis eſſe poteſt cum eo quem in poteſtate habemus.* hac optima ratione: quia nemo poteſt contra ſe ſtare. eſt autem una filii & patris perſona. Excipit Gajus: *Niſi ex caſtrenſi peculio.* nempe, quia in eo pro patrefamilias habetur. ſed in profectitio peculio aliud eſt. quin Ulpianus *l.* 11. *D. d. t. Si*, inquit, *a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem conteſtatus, vel cum quo ego: ſolvi judicium, Marcellus libro tertio Digeſtorum ſcribit. quoniam nec ab initio inter nos potuit conſiſtere.* Sic: ſi cum patre conferatur filiusfamilias. quid, ſi adverſus extraneum experiatur? nec hoc poteſt: quia nihil habet proprium jure civili. contra ut ſervi, ſic filiifamilias, peculium dicitur: & quodcumque adquirit, non ſibi, ſed patri adquirit *l.* 79. *D. de adq. hered.* quapropter etiam, ſi qua de hoc actio ſit, non filii, ſed patris actio eſt: nec hac filius, ſed pater utetur.

Vera hæc ſunt in actionibus directis. at in factum actiones etiam filiosfamiliarum exercere, Ulpianus refert *lib.* 1. *Diſputationum*, ex quo eſt *l.* 13. *D. de oblig. & act.* eaſque in *l.* 17. *D. de reb. creditis*, quæ eſt ex eodem *libro.* 1. *Diſputationum*, vocat extraordinarias. dicit & utiles *l.* 8. *D. de procuratoribus.* Non abs re erit, ejus juris originem progreſſumque meo more indicare. Ulpianus in *d. l.* 8. ponit exemplum in actione injuriarum: in qua filiofamilias injuriam paſſo, Prætorem Edicto ſuo id indulſiſſe, apparet ex *l.* 17. §. 10. *D. de injuriis.* etſi non indiſtincte: ſed, ſi pater abſit; nec patris procurator ullus ſit; aut ſit, ſed experiri nolit. Cauſa Prætori fuit: ne ſervata Juris ſubtilitate, pereat injuriæ actio annalis, & impunito maleficio, abſens filiusfamilias, adverſus patris voluntatem, injuriam patiatur. Hoc cum in una placuerat injuriarum actione; mox ſimilitudine rationis obtinuit in interdicto Quod vi aut clam; conſentiente non modo Labeone *l.* 13. §. 1. *D. Quod vi aut clam*, ſed Sabino quoque *l.* 19. *D. eod. tit.* forte quia vel hoc annale eſt; & vi factum, injuriæ proximum habetur. At nec huc uſque ſtetit utilitas. quin idem ſuaſit, ſi filiusfamilias ex aliqua noxa ex qua patri actio, quamvis perpetua & civilis, competat, experiri velit, furto, verbi gratia, aut damno injuria dato. Auſum hoc Julianum, in memoria habet Ulpianus *l.* 18. §. 1. *h. t.* præfatus, quod Juliano placet, ſi filiusfamilias legationis vel ſtudiorum gratia aberit, & vel furtum vel damnum injuria paſſus ſit: poſſe eum utili judicio experiri. Qua ratione? hac optima, Ne, dum pater expectatur, impunita ſint maleficia; quia pater venturus non eſt, vel dum venit, ſubtrahat ſe is qui noxam commiſit. Quid, ſi res non ex maleficio veniat: ſed ex contractu, puta commodato, mutuo, depoſito, mandato? adhuc placuit Juliano, filiumfamilias ſuo nomine actionem habere, teſte Paulo *l.* 9. *D.*

de

de oblig. & act. idemque cenſuit deinde Marcellus apud Ulpianum *l.* 19. *D. Depoſiti.* Eſt & a Scævola reſponſum, (quod idem Ulpianus *lib.* 1. *Diſputationum* refert *l.* 17. *D. de reb. credit.*) Cum filiusfamilias viaticum ſuum mutuum dederit, cum ſtudiorum cauſa Romæ ageret, extraordinario judicio eſſe illi ſubveniendum: id eſt, actione in factum. ſic enim interpretor; & ab eodem Ulpiano in eodem *lib.* 1. appellatur *l.* 13. *D. de oblig. & act.* vocatur & utilis actio in *d. l.* 18. §. 1. ubi ait Ulpianus, Se ſemper probaſſe, (puto ex Juliani ſententia) ut, ſi res non ex maleficio veniat, ſed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depoſitum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit, petens. quando, quo caſu? ſi forte pater in provincia ſit, ipſe autem forte Romæ vel ſtudiorum cauſa, vel alia juſta ex cauſa agat. Quid ita? ne, ſi ei non dederimus actionem, futurum ſit, ut impune fraudem patiatur, & egeſtate Romæ laboret, viaticulo ſuo non recepto, quod ad ſumptum pater ei deſtinaverat. & finge, Senatorem eſſe filiumfamilias, qui patrem habet in provincia: nonne augetur utilitas per dignitatem? Hæc de peculio filiifamilias, cum caſtrenſi, tum profectitio. Cæterum quod ad adventitium novo jure inductum attinet; in eo Juſtinianus in *l.* 8. *pr.* & §. 3. *C. de bonis quæ liber.* (cui adde *l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.*) hanc dedit formam: ut, ſi uſusfructus ad patrem pertineat, proprietas ad filium: patris actio ſit, ſed filii conſenſus adhibeatur. quod ſi plena ſit filii proprietas, uſusfructus non ſit patris: actio filii ſit, adhibito tamen patris conſenſu; & ſi conſentire nolit pater filio, vel agenti vel fugienti, officio Judicis conſentire cogatur: ne judicium ſine patris conſenſu videatur. Atque hoc ſi eſt: putemus, in adventitio peculio eſſe communes patris & filii actiones: fere ſicut patri & filiæ eſt communis de dote actio: quia ipſius & filiæ dos eſt. quare nec poteſt pater ſine voluntate filiæ de dote experiri: nec illa ſine voluntate patris *l.* 2. §. 1. & 3. *D. Solut. matrim.* etiam exigitur utrimque cautio de rato: ut in omni actione communi jus eſt *l.* 23. §. 4. & 10. *D. eod. tit.* Illud non improbabile eſt, quod in *d. l.* 2. §. 1. dicitur, communem eſſe de dote profectitia actionem, æque verum eſſe in adventitia, tam antiquo jure, de quo Ulpianus in *Fragm. tit.* 6. §. 6. quam jure Juſtinianeo: itaque utriuſque conſenſum etiam hodie deſiderari: ut ad *d.* §. eſt annotatum a Doctiſſimis Viris.

Præter ſervos & filiosfamilias, ſunt & patresfamilias, non habentes perſonam ſtandi in judicio. exemplum in pupillis & minoribus: poſtulante eorum utilitate, ne agant, neve ſe defendant; niſi ex auctoritate aut conſenſu tutorum curatorumque: proinde ſi contra fiat, & litem amittant; non valet ſententia *l.* 1. & 2. *C. Qui legitim. perſon. ſtand. in judic. non hab.* quamquam ſi minorem admiſerit adverſarius, & forte ſit ab eo victus; rationis eſt, ſuſtineri ſententiam pro minore latam; quia (ut egregie ait Gordianus *l.* 14. *C. de procuratoribus*) minoribus ætas in damnis ſubvenire, non in rebus proſpere geſtis obeſſe conſuevit. Imo generaliter eſt a Theodoſio & Valentiniano reſcriptum. *l.* 6. *C. de legib.* Quod favore quorumdam conſtitutum eſt, quibuſdam caſibus ad læſionem eorum nolumus inventum videri. in eumque ſenſum extat etiam Modeſtini reſponſum *l.* 25. *D. eod. tit.* Eſt tamen ejus, quod de minoribus dixi, exceptio in cauſa momentaneæ poſſeſſionis in *l.* 3. *C. Qui legitim. perſon. ſtand. in judic. non hab.* quæ eſt Theodoſii & Valentiniani, tranſlata ex *l. ult. Cod. Theod. Unde vi.* volunt enim illi Imperatores, momentaneæ cauſæ actionem poſſe exerceri per quamcumque perſonam: id eſt, non tantum per majores, ſed etiam per minores quinque & viginti annis: de quibus ibi ſermo eſt. idque eo minus mirum: quia ne ſervos quidem, etſi hujuſmodi conditionis hominibus cauſas perorare fas non ſit, ea in ſpecie rejici, patitur Conſtantinus *l.* 1. *Cod. Theod. Unde vi:* ex qua deſcripta eſt *l.* 1. *C. Si per vim vel. al. mod. abſent. perturb. ſit poſ.* Sic quidem in quæſtione de momento. at ſub illo colore de proprietate a minore exerceri quæſtionem in *d. l.* 3. & *d. l. ult.* non placuit: quia minoris perſona in judiciis ſine curatore non eſt legitima.

Præter pupillos & minores, nec Magiſtratus quo anno ſunt cum imperio, in judicio ſtandi perſonam habent. Sic viſum Hadriano Epiſtola Græca: cujus partem recitat Paulus *l.* 48. *h. t.* illi autem Magiſtratus, quia ab Hadriano Archontes vocantur, aliquando quæſitum a Doctiſſimis Viris fuit, quinam illa appellatione præſertim intelligantur. & quidem Andreas Alciatus *lib.* 4. *Diſpunct. c.* 6. eos accipit de ſummis Athenienſium Magiſtratibus: quos Athenis Archontes appellatos fuiſſe, negari non poteſt. Sed Antonius Auguſtinus, *Ad Modeſtinum*, *pag.* 360. & *ſeq.* non improbabiliter exiſtimat, quoſcumque Majores Magiſtratus, ut Præſides & ſimiles, hoc nomine ab Hadriano ſignificari. Hæc de actore.

Sequitur reus: a Prætore *l.* 3. *D. de jurejurando* appellatus is a quo petitur: eodemque modo a Terentio *Prolog. Eunuch. verſ.* 10. & Cicerone *Pro Murena c.* 12. & *lib.* 7. *Ad Trebatium Epiſt.* 11. is unde petitur. cæterum Feſtus rei nomine etiam actorem veniſſe refert. Sed hæc nota omitto: nec minus, quid nunc vulgo illa ſonent vocabula. Hoc potius volo, quod in actore tenui iter, idem in reo ſervare: poſſit enim vel hic de ſervo, deque filiofamilias, & patrefamilias quæri. primum quod ad ſervum attinet: is quia pro nullo habetur jure civili *l.* 32. *D. de reg. jur.* nec mirum, hoc nulla illum teneri obligatio-

T 3 ne

ne ex contractu aut ex maleficio: & quod eſt conſequens, nullam inde cum eo eſſe actionem *l.* 107. *D. d. tit.* at nec ejus videri perſonam quæ in jus vocari *l.* 3. *D. Ne quis eum qui in jus vocat.* & judicio conveniri poſſit *l.* 6. *&* 7. *C. h. t.* Contra verum eſt, ex ſervi geſto aut noxa ſolum dominum actione de peculio aut noxali teneri. quod ſi non dominus ſit conventus condemnatuſque, ſed ſervus: traditum eſt, ſententiam pro nulla haberi; nec ex ea de peculio adverſus dominum judicati actionem dari. Aliquem turbet: quod in Edicto Prætor adverſus dominum pollicetur actionem de peculio: ſi quod cum eo qui in alterius poteſtate eſt, negotium geſtum erit *l.* 1. §. 2. *D. de peculio:* nec eſt dubium, quin lite conteſtata, judicio quaſi contrahi judicati obligatio intelligatur *l.* 3. §. 11. *d. t.* Sed hæc objectio vix eget reſponſione: nam ut judicio contrahatur judicati obligatio, oportet eſſe judicium. quomodo ex ſtipulatione valida contrahitur ex ſtipulatu obligatio: inutilis vero ſtipulatio neque ſtipulatio eſt, neque obligationem parit. Eodem modo ſe habet judicium: nam quia cum ſervo nullum eſt: nec eo geritur cum ſervo negotium; neque eo damnato adverſus dominum de peculio datur judicati actio. Sic Ulpianus *d. l.* 3. §. 8. & addit, eſſe ſimile in compromiſſo quod judicium imitatur. idque & Paulo placet *l.* 32. §. 8. *D. de recept. & qui arbitr. recep.* Quod dixi, puta eſſe ordinarii juris, atque eo eſſe nullam in ſervum actionem. ſed hoc non vetat, quo minus poſſit extra ordinem actio dari in corpus ſervile ad pœnam ei afflictivam. Exempla dedi ſupra ſub Titulo *De juriſdictione*, pulchre obſervata a V. CL. Jacobo Cujacio *lib.* 21. *Obſerv. c.* 40.

Venio ad filiumfamilias. quid hic? ad agendum quidem, præterquam in exceptis caſibus, non admittitur: ſed conventus, ad defendendum optimo jure admittitur. Gajum audi *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Verba Gaji: *Filiusfamilias ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur: & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias poteſt.* Gajus vult, quod filiusfamilias, quia Jure Civili habet facultatem ſe obligandi ſuo arbitrio, non minus quam ſi a patre eſſet liber, poteſt ex ſua obligatione, exemplo cujuſque patrisfamilias, invitus cogi ad ſolutionem, eumque in finem judicio conveniri, patre etiam invito: eo quod obligatio quam ſuo jure contraxit, tamquam paterfamilias, eum tamquam debitorem qualemcumque adſtringit neceſſitate præſtandi id quod debet *pr. Inſt. de oblig.* ideoque executura illam actio obtinet adverſus filiumfamilias invitum *l.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* eſt enim omnis actio adverſus eum qui debet *pr. Inſt. de actionib.* id eſt, a quo invito exigitur *l.* 108. *D. de verb. ſignif.* adeo nec refert, utrum pater hoc permittat fieri, an vetet. primum quia filiusfamilias non minus habet jus ſe obligandi, quam paterfamilias. deinde non poſſet cum eo agi, patre jure impedituro judicii ſuſceptionem. Sic apparet vis diſputationis Gaji: dicentis, quod filiusfamilias, tamquam paterfamilias obligatur, & idcirco cum eo agi tamquam cum patrefamilias poteſt. Nec prætermittendum, quod addit, ſic obtinere ex omnibus cauſis: id eſt, ſine diſcrimine, utrum ex contractu cum eo agatur, an ex delicto. nam cauſa, ut alibi obſervo, non modo contractum, ſed delictum quoque indigitat. proinde ſive ex contractu, ſive ex delicto, conventus ſit filiusfamilias, adverſus patrem de peculio datur judicati actio: quamquam ab initio de peculio non perinde ex filii delicto, atque ex ejus contractu, teneretur. Sed placet hoc Pauli *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. Sicut ſtipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicii ſpectandam, ſed ipſam judicati velut obligationem.* Hæc de actionibus in perſonam ex contractu aut maleficio filiifamilias. Non idem de in rem actionibus, ſi quando lis ſit de proprietate rerum peculii profectitii aut adventitii. nam illæ Jure Civili patris ſunt: hæ ad ejus curam Principalibus Conſtitutionibus pertinent. idcirco placet, patrem de his, ſive ſint profectitiæ, ſive adventitiæ, & eſt ejus uſusfructus, actionem ſuſcipere: modo adhibeat filii conſenſum *l. ult.* §. 3. *C. de bonis quæ liberis.* Plane ſi filius habeat plenam proprietatem, pater non habet uſumfructum: jam oportet filium de his conveniri, adhibito tamen patris conſenſu.

Supereſt, ut de patribusfamiliarum ſubjiciamus. nam ex his quoque jure non conveniri aliquos, partim ætas ſuadet, partim imperium Magiſtratus majoris. Quod de ætate dixi, uſum habet in pupillis & minoribus: nempe, ne ſine tutoribus & curatoribus, quorum fidei & tutelæ jure commiſſi ſint, indefenſi condemnentur *l.* 1. *&* 2. *C. Qui legitim. perſon. ſtand. in judic. hab.* Et eſt obſervandum, quod ne momentanea quidem cauſa hac in parte excipitur. adeo agere in ea minores poſſunt; conveniri nequeunt *l. ult. C. d. t.* De Magiſtratu majore eſt *l.* 48. *D. h. t.* minores vero qui ſunt ſine imperio & poteſtate, & in ipſo Magiſtratu poſſe conveniri, Ulpianus auctor eſt *l.* 32. *D. de injuriis.*

Ex tribus perſonis judicium conſtituentibus, indicavi duas, actorem & reum: reſtat tertia, Judex. non is qualis qualis, ſed inter invitos cogniturus, judicaturusque ita, ut quod ſtatuit, habeat rei judicatæ auctoritatem: eoque inveniat executionem. talem eſſe Judicem publice conſtitutum, indicant Imperatores *l.* 3. *C. de jurisdictione.* Judææ cuidam ſic reſcribentes: *Privatorum conſenſus judicem non facit eum, qui nulli præeſt judicio: nec, quod is ſtatuit, rei judicatæ continet auctoritatem.* Igitur non eſt Judex, niſi ſedeat inter litigatores, publica auctoritate conſtitutus. &

ſunt

ſunt exempla in *l. pen. D. h. t.* At illic etiam arbiter compromiſſarius Judex appellatur. Sed non ſimpliciter, verum cum adjectione, Judex ex compromiſſo ſumptus. eaque adjectio indigitat, eum inter volentes judicare, non inter invitos: ideoque non dare effectum rei a ſe judicatæ, nulla naſcente judicati actione: & ob hoc invicem promitti pœnam; ut ejus metu a placitis non recedant *l.* 1. *C. de recept. arbitr.* Igitur oportet Judicem qui verus ſit publicam habere judicandi facultatem: quæ facultas notio appellatur: eſtque vel notio in ſpecie, vel juriſdictio *l.* 5. *D. de re judic. & l.* 99. *D. de verb. ſignif.* Inde Judex duplex: unus habet juriſdictionem, alter nudam notionem. Qui juriſdictionem habet, Magiſtratus dicitur *l.* 2. §. 13. *D. de orig. jur.* etiam dicitur Magiſtratum aut poteſtatem habere *l.* 1. *pr. D. Quod quiſque juris*, item juriſdictioni præeſſe §. 1. *d. l.* 1. Qui nudam notionem, id eſt, tantum notionem habet, is in ſpecie Judex vocatur, etiam Judex datus, addictus, delegatus ſpecialis, & pedaneus: ſcilicet, quia omnis ejus facultas judicandi munere, id eſt, cognitione & ſententiæ dictione finiebatur. at nec directo adibatur a litigatoribus; ſed demum ſedebat a Prætore datus addictuſque, & quidem in una ſpecie, ſive in una nominatim cauſa cognoſcenda judicandaque, non pro tribunali, ſed in ſubſelliis de plano. Atque hæc, ſimul quemadmodum, & in quibus cauſis ſoliti fuerint Judices dari, expoſui *lib.* 1. *De juriſdict. & imper.* nec agam actum. Tantum attingam, & obiter, qui Judices dare, darive, poſſint. dare autem poſſunt omnes qui habent juriſdictionem quam vocamus mixtum imperium. quia hoc mixtum imperium, ſive ea juriſdictio (ut Ulpianus definit *l.* 3. *D. de juriſdictione*) partim eſt cognitio, verbi gratia, datio poſſeſſionis bonorum, partim etiam Judicis dandi licentia. quiſquis igitur habet mixtum imperium cui juriſdictio ineſt, is habet Judicis dandi licentiam. eſtque, ut Paulus ait *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* ei aliquando more majorum conceſſa propter vim imperii, ſicut Præfecto Urbi, cæteriſque Romæ Magiſtratibus. plus ait Paulus *d. l.* etiam Judicem dare quibus hoc Lege, vel Conſtitutione, vel Senatuſconſulto, conceditur: & Lege, ſicut Proconſuli: id eſt, ut ſupra expoſui ſub Titulo, *Quod cujuſque univerſitatis nomine*, Lege qua Proconſulatus conſtitutus eſt: qua Lege conceſſa Proconſulibus eſt pleniſſima juriſdictio; ſub eaque appellatione partes omnes quæ Romæ ſunt omnium Magiſtratuum *l.* 7. §. 2. *D. de offic. Proconſ.* Paulus *d. l.* 12. §. 1. ait, quod is quoque cui mandata eſt juriſdictio, Judicem dare poteſt: puto, ab eadem cauſa, quod Judicis dandi licentia eſt pars mandatæ juriſdictionis. Paulus exemplum ponit in Legato Proconſulis: eoque illuſtrari regulam, non reſtringi, docui *lib.* 2. *De juriſd. & imp. c.* 11. Nec eſt, quod quem moretur *l.* 13. *D. de juriſdict.* Nam Magiſtratus illic non opponitur mandatario, Magiſtratus vice & partibus fungenti *l.* 15. *D. eod. & l.* 3. *D. de offic. ejus cui.* ſed privato: qui cum eſſet Magiſtratus; juſſit judicari die, quo futurus eſſet privatus: ut eſt in §. 1. *d. l.* 13. Æque poſſit Magiſtratus opponi privato Judici a Magiſtratu dato: cujus notio eſt; juriſdictio non eſt: ut in *l.* 5. *C. h. t.* quam ex profeſſo tractavi *d. lib.* 2. *c.* 11.

Dixi qui Judices dare poſſint, porro accipe, qui poſſint dari. Et ait Paulus *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* non omnes Judices dari ab his qui Judicis dandi jus habent. quidam enim, inquit, Lege impediuntur, ne Judices ſint: quidam natura: quidam moribus. Natura, ut ſurdus, mutus & perpetuo furioſus, & impubes. qua cauſa? ait, quia judicio carent. Illud mirere; quod ait, *perpetuo furioſus.* Sed opportune Papinianus *l.* 39. *D. h. t.* ſic infit: *Cum furioſus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non poteſt judicare: ut ſcilicet, ſuæ mentis effectus, quod ſententiæ dixerit, ratum ſit. neque enim in addicendo præſentia vel ſcientia judicis neceſſaria eſt.* Igitur recte datus eſt furioſus: ſed ſi perpetuus ſit furor, aut perſeveret: morbus ſonticus judicandi neceſſitatem remittit. ergo mutari debet. ſic certe Paulus in eo qui ab initio recte datus, poſtea furere cœperit, reſpondit *l.* 46. *D. h. t.* Lege (opinor, Julia judiciorum) impeditur, inquit Paulus *d. l.* 12. §. 2. qui Senatu motus eſt. An & minor? De hoc dictum ſupra ſub Titulo, *De receptis & qui arbitr. recep.* De imperito juris & legum nihil Veteres, quantum ſcio, ſed eſt aliquid in *Novell.* 82. *pr.* quamquam cum ille prohibetur Judex eſſe: non utique plena atque exacta in Judice deſideratur juris peritia; ſed ſufficit apta negotio quo de agitur *l.* 17. *C. h. t.* Poſtremo ait Paulus *d. l.* 12. §. 2. moribus prohiberi Judices eſſe fœminas & ſervos: non quod non habent judicium, ſed quia receptum eſt: ut civilibus officiis non fungantur. Cæterum qui poſſunt Judices eſſe, in his nihil intereſt, utrum in poteſtate, an ſui juris, ſint *d. l.* 12. §. 3. adeo in privatis negotiis & pater filium, & filius patrem, Judicem habere poteſt *l.* 77. *D. de judiciis.* quippe judicare eſt munus publicum *l.* 78. *d. t.* in quo filiusfamilias pro patrefamilias habetur. & ſi non placeat adverſario Judex, poteſt ab eo, tamquam ſuſpectus, recuſari. Porro obſervandum eſſe monet Calliſtratus *l.* 47. *h. t.* ne is detur Judex: quem altera pars nominatim petat: idque iniqui exempli eſſe, Divum Hadrianum reſcripſiſſe: niſi hoc ſpecialiter a Principe ad verecundiam petiti Judicis reſpiciente permittetur. Non adderem, eſſe rationis: ne quis in ſua cauſa aut judicet, aut jus dicat: niſi hoc generali lege vetuiſſent Imppp. Valens, Gratianus, & Valentinianus *l. unic.*

C.

C. Ne quis in ſua cauſ. judic. vel jus dic.

Sed apparet, huc enim redit ſumma, ſolum in propoſito intelligi Judicem eum qui ſit publice conſtitutus. neque id ſufficit: amplius oportet competentem eſſe. nam etſi ſit Judex, idem legibus, non idcirco eſt omni in loco, omni in cauſa, atque inter omnes, Judex. quin præſumens in alio loco, aut in alia cauſa, aut inter alios, quam publice poſitus ſit Judex, juriſdictionem exercere, jam non Judex, ſed privatus, habetur *l. 3. D. de offic. Præſid. l. 1. C. de juriſd.* adeo neque ipſe cognoſcere, & decernere, neque Judicem dare, poteſt *l. 1. C. de Pedan. judicib. l. unic. C. Qui pro ſua juriſd. jud. dar.* Igitur Judicem, quem quærimus in propoſito, competentem eſſe oportet: ſive ſit ſpecialis quem indicat Rubrica *C. Si a non competente judice judicatum eſſe dicatur*; ſive præſit juriſdictioni: ut in *l. pen. D. & l. 1. C. de juriſd.* Eſt porro competens Judex, cujus ibi, ubi quiſque agere vel conveniri debeat, notio aut juriſdictio eſt: adeo qui perſonis inter quas lis eſt eo in loco, atque ea in cauſa, competit. poſtremo quo ſenſu dicimus alicui competere actionem quæ ejus eſt *§. 1. Inſt. de perpet. & tempor. action. l. 17. §. ult. D. de inoffic. teſtam.* eo ſenſu dicimus, illi Judicem competere, item forum competere. nihil verius: nam qui alibi dicitur competens Judex, alibi ſuus Judex appellatur *l. 49. D. h. t. l. 6. C. de juriſdict. l. ult. C. Si a non compet. judic.* Similiter forum (quo nomine locum exercendarum litium deſignari, auctor eſt Iſidorus *lib. 18. Origin. c. 15.* Feſtus quoque *in verb. Forum*, & Varro *lib. 4. De ling. Latin. p. 24.*) quod dicitur competens in Rubrica *C. de juriſdictione omnium judicum & foro competente*, alibi rei forum indigitatur *l. 2. & l. 5. C. de juriſdict.* Sed rem propius conſideremus. id poſtulat poſterior Rubricæ pars, quæ eſt, *Ubi quiſque agere vel conveniri debeat.* Solet igitur juriſdictio plerumque finiri loco intra quem jus dicitur, tum cauſis de quibus jus dicitur, & perſonis quibus jus dicitur. ac ſi in loco, ſi in cauſis, ſi perſonis ſibi ſubjectis, jus dicit Magiſtratus, competens eſt. ſin aliter ſit; incompetens habetur. primum dixi, juriſdictionem certo includi loco. Exemplum in ſequente Prætoris Edicto apud A. Gellium, *lib.* x. *Noct. Attic. c.* xv. *Sacerdotem Veſtalem & Flaminem Dialem in omni mea juriſdictione jurare non cogam.* Simile in Præfecto Urbi exhibet Ulpianus *l. ult. D. de offic. Præfect. urb.* Aliud Paulus in Præſide provinciæ *l. 3. D. de offic. Præſid.* aliud in municipali Magiſtratu *l. ult. D. de juriſdict.* ad quem reſpicere hanc legem, indicio eſt cum Inſcriptio quæ eſt ex lib. 1. Ad Edictum: tum mentio territorii: ut intelligitur ex *l. 239. §. 8. D. de verb. ſignif.* & clare in *l. 53. C. de Decurionib. lib. 10. tit. 31. Duumvirum impune non liceat extollere poteſtatem faſcium extra metas territorii propriæ civitatis.* At non tantum loco includitur juriſdictio; ſed etiam cauſis. Sic poſt Legem Valeriam Conſules, eorumque exemplo Prætores, Urbanus & Peregrinus, jus dixerunt de civilibus rebus: cum capitalibus præeſſent Quæſtores parricidii *l. 2. §. 16. 23. §. 27. 28. & 32. D. de orig. jur.* & tandem Præfectus Urbi *l. 1. pr. & §. 4. D. de offic. Præf. Urb.* Eodem modo de fideicommiſſis Romæ cognovit Prætor fideicommiſſarius *§. 1. Inſt. de fideicom. heredit.* uſque ad certam quantitatem: ultra Conſules. meminit Quintilianus *lib. 3. Inſt. Orat. c. 6. pag. 226.* atque inde explicandam eſſe *l. 19. §. 1. D. de juriſdict.* erudite obſervavit Cujacius V. Cl. *lib. 21. Obſerv. c. 34.* Quid plura? ait Pomponius *d. l. 2. §. 32.* in Urbe tandem jus dixiſſe Prætores decem & octo: & adhuc quærimus, an hi præfuerint cauſis aliis atque aliis? Similia in perſonis obſervantur: nam nec illæ inter quas lis ſit, omnes uni peræque ſubſunt Magiſtratui; cujus alioquin eo in loco quo agitur, ac de ea cauſa de qua quæritur, juriſdictio eſt. Sit exemplum in Prætore Urbano & Peregrino: quorum alter inter cives, alter inter peregrinos jus dicebat: ut ait Pomponius *d. l. 2. §. 27. & 28.* Simile in Præſide provinciæ. is dicitur a Paulo *l. 3. D. de offic. præſidis* tantum imperium habere in ſuæ provinciæ homines; & hoc, dum in provincia eſt. imo, inquit Paulus, habet interdum imperium & adverſus extraneos homines, ſi quid manu commiſerint. Quo jure? quia, inquit, in Mandatis Principum eſt, ut curet is qui provinciæ præeſt, malis hominibus provinciam purgare: nec diſtinguitur, unde ſint. Liceret plura addere; ſed malo brevis eſſe: ſumma huc exeunte; ut quoties juriſdictio ſubſiſtit intra præſcriptos fines, toties forum competens appelletur. ſin aliter eveniat; magis incompetens vocetur.

Atque hoc expeditum eſt; ſi uterque & actor & reus ejuſdem fori ſint. quod ſi diverſi ſint, jam placuit, ut actor rei forum, non reus actoris, ſequatur: nullo diſcrimine; utrum ſit civile, an criminale negotium *l. 2. l. 5. l. 6. C. de juriſdict.*

Sortitur autem reus forum ex quatuor cauſis: domicilio, contractu, re ſita, & maleficio. prima venit domicilium. eſtque duplex: vel univerſale, vel particulare. univerſale eſt urbs Roma. Modeſtinum audi: *Roma*, inquit, *communis noſtra patria eſt l. 33. D. Ad municipal.* Ad eamque ſic Rutilius Numatianus, *Itinerario.*

Feciſti patriam diverſis gentibus unam,
Profuit injuſtis te dominante capi.
Dumque offers victis proprii conſortia juris,
Urbem feciſti, quod prius orbis erat.

Particulare domicilium non uno modo obvenit. eſt enim vel voluntarium, vel neceſſarium: hoc relegati *l. 22. §. 3. D. Ad municipal.* illud eſt, ubi quis eo ſit animo, ut perpetuo ibi

ſit,

ſit, nec inde diſcedat rurſus; niſi quid avocet. ejus indicia ſatis elegantia *l.* 27. §. 2. *D. Ad municipal. & l.* 7. *C. de incolis lib.* 10. *tit.* 39. Vix opus admoneri, tamdiu hoc durare, quamdiu durat animus retinendi domicilii. nam iſto mutato, etiam illud relinqui. adeo placet hoc Marcelli *l.* 31. *D. Ad municipal.* Nihil eſt impedimento, quo minus quis ubi velit, habeat domicilium quod ei interdictum non ſit. Æque dignum annotari; quod nemo cogitur, uno contentus eſſe domicilio. contra poteſt quis, ſi velit, plura habere; ut ſi inſtructus ſit duobus locis æqualiter: neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur *d. l.* 27. §. 2. *l.* 6. §. 2. *l.* 5. *D. Ad municipal.* Sed & poteſt quis eſſe ſine domicilio. pone: relicto domicilio navigat, vel iter facit: quærens, quo ſe conferat, atque ubi conſtituat. hunc ſine domicilio eſſe; confirmat Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 27. ac poſſit tali convenire hoc Martialis, *lib.* 7. *Epigr.* 72.

Dic ubi conveniam, dic qua te parte requiram.
Quiſquis ubique habitat, Maxime nuſquam habitat.

At non tantum quis ipſe ſibi domicilium ſua voluntate conſtituit, verum etiam ab alio participat. ſic mulier ſequitur forum & domicilium mariti cui nupta eſt *l.* 65. *D. h. t. l. ult. C. de incolis lib.* 10. *tit.* 39. deſponſa ante contractas nuptias non mutat domicilium *l.* 32. *D. Ad municipal.* vidua plane retinet domicilium amiſſi mariti, exemplo clariſſimæ perſonæ per maritum factæ: ſed utrumque, aliis intervenientibus nuptiis, permutatur *l.* 22. §. 1. *d. t.* Dubito, an huc non referam domicilium originis: nam tale nemo a ſe habet, ſed a patre *l* 3. *C. de municip. & origin. lib.* 10. *tit.* 38. eoque mutare nequit *l.* 4. *C. eod.* interim ſpectat hoc ad obeunda perſonalia munera: (ut liquet ex *d. l.* 3. ad quæ etiam referri debet *l.* 6. *D. Ad municipal.*) cæterum ad ſubeundam juriſdictionem non ſpectat: ut ad *l.* 190. *D. de verb. ſignif* annotavit Johannes Goedæus, V. CL. Hoc igitur omiſſo, reliqua conſideremus. quod attinet ad urbem Romam, in ea, ut eſt communis omnium patria, poteſt unuſquiſque in ea repertus, conveniri: ſive illic contraxerit, aut deliquerit, ſive non: niſi habeat jus revocandi domum; ut Legati & alii: de quibus late Ulpianus *l.* 2. §. 3. *& ſeqq. item l.* 24. *& l.* 5. *h. t.*

Domicilii particularis jus eſt idem ei quod communis: præterquam quod in privato tam abſens & latens, quam præſens, poteſt in jus vocari; &, niſi defendatur, bonorum poſſeſſionem & diſtractionem patitur *l.* 19. *D. de in jus vocando. l.* 1. *&* 2. *D. de reb. auct. jud. poſſid. l.* 21. §. 2. *D. Quib. ex cauſ. major.* Romæ contra nemo, niſi domicilium ibi habet, alias conveniri & defendi debet, quam ibi repertus *l.* 2. §. 4. *h. t.* abſens Romam evocari ex provincia in qua domicilium habet, non debet. Sit argumentum, quod Ulpianus *l.* 19. *h. t.* cum diceretur heres conveniendus defendendusque, ubi defunctus conveniri ac defendi debuit, nominatim addit, id tum, ſi ibi reperiatur, obtinere.

Atque ita eſt: unuſquiſque poteſt in loco privati domicilii tam abſens, quam præſens, conveniri: nec minus debet ibi conventus, defendi: alibi non debet. Niſi ſit heres: nam is a creditoribus hereditariis eo in loco, in quo defunctus conveniri ac defendi debet, repertus, & conveniri & defendi debet: licet ipſe domicilium ibi non habeat. quum enim ſuccedat in defuncti locum: an habet cauſam cur declinet ejus forum, & malit ſuum? non habet, ſi nullo ſuo proprio privilegio excuſetur *l.* 19. *l.* 34 *l.* 45. *D. h. t.*

A domicilio tranſeo ad contractum: nam æque ex hoc, atque ex illo, forum obvenire, Gajus auctor eſt *l.* 3. *D. de reb. auct. Judic. poſſid.* ac valde placet, quod Ulpianus, ſi alibi quis contraxit, alibi habet domicilium, ait, eum utrobique conveniri, & hic, & ibi *l.* 19. §. *ult. h. t.* altero loco actione directa, altero arbitraria *l. unic. C. ubi conven. qui certo loco.* & ſi non defendat ſe, ubi contraxit, neque ibi domicilium habeat, paſſurum bona poſſideri *d. l.* 19. §. 1. Contractus quoque verbum poſſit alicui ambiguum videri. Sed Paulus *l.* 20. *D. h. t.* ait, omnem obligationem pro contractu habendam; ut ubicumque aliquis obligetur, & contrahi videatur, quamvis non ex crediti cauſa debeatur. hoc probat Ulpianus *d. l.* 19. §. 1. in tantum, ut ſub contractu etiam obligationem quaſi ex contractu, puta, negotiorum geſtionem, & tutelæ adminiſtrationem, vel quid aliud, complectatur. obſervatum id *l.* 1. *C. ubi de ratioin.* & adfertur ratio; quod contrahentes ſic voluiſſe exiſtimantur: tum hæc; quod ubi aliena negotia, ſive ex tutela, ſive ex quocumque alio titulo adminiſtrantur, & inſtructio ſufficiens, & nota teſtimonia, & veriſſima poſſunt documenta præſtari *l.* 2. *C. d. t.* Par aut major labor fuit, ubi contractum dicamus? ſed huc ventum; ut eum locum non utique quo negotium geſtum, ſed quo ſolvenda pecunia eſt, accipiamus *l.* 3. *D. de reb. auct. judic. poſſid.* ac ſi nihil ſpecialiter convenerit: eo loco, ubi celebratus eſt contractus, contractum eſſe intelligatur. Nec tamen vel hoc ſine temperamento admitti oportet: cum ſit æquum, (quod Ulpianus confirmat *d. l.* 19. §. 2) ſi a mercatore quid comparavit advena, vel quis ei vendidit quem ſcit inde confeſtim profecturum, non oportere bona ibi poſſideri, ſed domicilium ſpectari ejus: perinde quaſi tacite actum ſit. Sic Ulpianus *d. loc.* ſi jungamus hæc ejus verba: *Nam ubi ſic venit, ut confeſtim diſcedat, & quaſi a viatore vel eo qui* παρέπλει *emit: duriſſimum eſt, quotquot locis quis navigat, vel iter faciens delatus eſt, tot locis ſe defendere.* Sic habet Vintimillii editio, & melius, quam Florentina, quæ caret ſenſu.

At (ſic pergit Ulpianus) *ſi quis conſtitit non dico jure domicilii, ſed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, ſeu officinam conducens, ibique diſtraxit, vel egit, defendere ſe eo loco debebit.* Rectiſſime; quia ad locum contractus reſpexiſſe jam contrahentes præſumi poſſunt. Horreum cum dicit Ulpianus; intelligit locum in quo merces deponuntur: ut ſæpe. Pergulæ vero appellatione & hic, & in *l.* 5. §. 12. *D. de his qui effuder. vel dejecer.* indigitat exedram, officinam, cellulamve, in qua merces aut proponebant aut ſuſpendebant artifices. Fit etiam apud Veteres mentio pergularum in quibus Grammatici, aliique artium liberalium Profeſſores docebant publice aut privatim. Sed de his Jacobus Cujacius *lib.* 11. *Obſerv. c.* 13. & Claudius Salmaſius ad Vopiſcum, *Saturnino c.* 10. *p.* 733:

Proximum eſt, ut de re ſita videamus: nam vel ex illa quis forum ſortitur in actione in rem. & ratio mihi illa videtur: quod hac actione non perſona, ſed res convenitur *l.* 7. *D. de publicanis. l.* 19. *D. de jur. fiſc.* ſicut ideo in rem actio appellatur; & datur adverſus poſſeſſorem, non contemplatione ejus, ſed rei ab eo poſſeſſæ, & per actorem petitæ eo loci in quo poteſt reſtitui ac recipi: licet poſſeſſor in loco domicilii, quam illic conveniri malit. Sed quod non pendet a poſſeſſoris arbitrio, datur electioni actoris: nam is poteſt rem ſuam petere in loco domicilii poſſeſſoris: eo quod reſtitutio ei ab illo debetur: etſi non ex ſpeciali ejus conventione; (nam ſic nullo jure obligatus eſt §. 1. *Inſt. de act.*) at ex primæva cauſa diſtinctorum dominiorum. Sic mihi perſuadeo ex *pr. Inſt. eod. tit:* & liquet ex *l. ult. C. Ubi in rem actio. l. unic. C. Ubi de heredit. agit.* Nec me hinc dimovet hoc Licinii Rufini *l.* 38. *D. h. t. Si autem per in rem actionem legatum petetur: etiam ibi peti debet, ubi res eſt.* Primum enim retinet me in hac ſententia vox, *etiam:* quam oportet ſuam vim habere; cum non ſit fruſtra poſita a Licinio. Deinde verbum, *debet*, accipio pro *poteſt:* quomodo uſurpatur *l.* 2. §. 31. *D. Ne quid in loc. public. l.* 1. *pr. D. de heredib. inſtit. l.* 9. *D. de aur. argento, mund.* & alibi. Ita ſenſus erit: Legatum per in rem actionem non modo in loco domicilii, ſed etiam ibi, ubi eſt, peti poteſt. Alio remedio utitur Hotmanus *lib.* 3. *Obſerv. c.* 7. ſed mihi placet minus.

Poſtrema cauſa ex qua quis forum ſortitur, eſt crimen. Clare Severus & Antoninus *l.* 1. *C. Ubi de criminibus. Quæſtiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coërcentur, ubi commiſſa vel inchoata ſunt, vel ubi reperiuntur qui rei eſſe perhibentur criminis, perfici debere, ſatis notum eſt.* Primum volunt Imperatores, reum cujuſcumque criminis, ſive Legibus coërceatur, ſive extra ordinem, accuſari in loco, ubi admiſſum vel inchoatum dicitur crimen: puto, quod utile eſt, id vindicari eo in loco; quo nocens ſuo ſupplicio aliis æque ſit exemplo ad deterrenda maleficia, ac fuit ad admittenda *l.* 28. §. 15. *D. de pœnis.* Sic, ſi reperiatur ibi, ubi deliquit. quid, ſi inde fugerit in aliam provinciam? ajunt Imperatores *d. l.* 1. poſſe jam, ubi reperitur, perfici quæſtionem: convenienter Mandatis Principum: in quibus eſſe, Paulus obſervat *l.* 3. *D. de officio Præſidis: Ut curet is qui provinciæ præeſt, malis hominibus provinciam purgare.* & addit Paulus, non diſtingui, unde ſint. Hoc: niſi Magiſtratus loci, in quo admiſſum fuit crimen, publicis literis petat, reum ad ſe tranſmitti, puniendum in loco admiſſi criminis, ob rationem mox allatam. tum enim Magiſtratus, a quo petita eſt tranſmiſſio, illam recuſare non debet: poſita adverſus eum, niſi pareat, pœna a Juſtiniano *Novell.* 134. *c.* 5.

Intellecto, quod ſit forum competens, vix eſt opus addi, quod ſit incompetens. eſt enim manifeſtum ultro, quod non eſt competens, eſſe incompetens. illud non reticebo, forum incompetens, poſſe adhuc ſuis modis competens fieri. Eſt autem ex his litigantium conventio, ex auctoritate Legis Juliæ privatorum judiciorum, litigatorum commoditati hac in parte conſulentis. Sed de eo quia egi *lib.* 2. *De juriſd. & imper. c.* 12. *& ſeqq.* ex *l.* 1. *& l.* 2. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* aliiſque locis, habes, unde petas quod ſit neceſſe.

Alius modus conſtat privilegio. quo? ſcies, poſtquam monuero, nulli licere, adverſarium ſuum, omiſſo Judice ordinario, ad ſuperiorem evocare: quin contra placuiſſe, unumquemque adverſarium ſuum prius convenire apud Judicem ordinarium, & demum per appellationem venire ad ſuperiorem. mea opinione hoc agit Conſtantinus *l.* 4. *C. de juriſdict.* expunctis ibi verbis, *poſt litem conteſtatam*, quæ eſſe Gloſſatoris, oſtendi *d. lib.* 2. *c.* 13. Sed idem quem dixi, Conſtantinus *l. unic. C. Quando Imperat. inter pupill. vel vid.* hic privilegium dedit pupillis, viduis, aliiſque fortunæ injuria miſerabilibus. Id privilegium eſt: ut, ſi perhorreſcentes alicujus potentiam oraverint judicium Principis, eorum adverſarii cogantur, ſui copiam facere Principis examini.

Poſtremo Judicem competentem ex incompetente facit continentia cauſæ. quam dividi vetat Conſtantinus in *l.* 10. *C. h. t.* concinnata ex *l.* 2. *Cod. Theod. eod.* ad quam Jacobus Gothofredus.

Invento Judice competente qui habeat juriſdictionem, aut nudam notionem; non foret a propoſito alienum, hic ſubjicere, quod eſſet utriuſque officium, cum ante, tum poſt litem conteſtatam; ſicut aliqua huc ſpectant Tituli Fragmenta: ſed quia *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio* aliqua jam dixi: aliqua etiam dicenda deinceps erunt ſub Titulo *De re judicata*, puto, licebit mihi ab eo tractatu

in

in præſenti abſtinere. De cætero vidimus, quid ſit judicium, item ubi quis agere vel conveniri debeat: intelligi vero poſſit, eſſe utrique Rubricæ parti ſatisfactum: niſi in ingreſſu ejus addidiſſem, Prætorem ab actore ideo in jure adiri ſolitum: ut ei daret actionem qua de aut ipſe, aut Judex deinde eſſet cogniturus & pronunciaturus. Reſtat igitur, ut quid ſit actio, in anteceſſum definiamus obiter.

Dicitur autem actio ab agendo. agere vero inter alia ſignificat, tractare de re præſtanda aut reſtituenda: ut apud Juſtinum *lib.* 2. *c.* 14. §. 10. alioſque. ita agere eſt, petere in hoc Plinii *lib.* 36. *Nat. hiſt. c.* 7. *Satiſdari ſibi damni infecti egit redemptor cloacarum.* Et actio eſt, petitio. nec male ipſa a Juſtiniano *pr. Inſt. de action.* poſt Celſum *l.* 51. *D. de oblig. & act.* definitur, *Jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur.* Cum dicitur *jus*; indigitatur facultas jure civili conceſſa: pari forma qua uſusfructus eſt jus, item actus eſt jus, & ſimilia alia jura appellantur *l.* 1. *D. de uſufr. & l.* 1. *D. de ſervitutib. præd. ruſtic.* Inde Ulpiano *l.* 6. §. *ult. D .de negot. geſt.* actio & facultas in judicio conveniendi idem ſonant. Jam vero apud Gajum, *Non videbatur agendi facultas competere* dicitur, pro non videbatur actio competere *l.* 1. *D. de eo quod loco.* Similiter actionem dare, & agendi poteſtatem dare pro iiſdem ſunt in *l.* 3. *D. de ſepulchro violato.* Res certa: & Prætor, cum actionem dat actori, ei nihil concedit præter petendi facultatem. Nec alio ſpectat formula, *Si paret, condemna.* Actio igitur eſt jus perſequendi in judicio. Sed quid? *quod ſibi debetur.* Hoc verbum plerumque anguſtius, hic latius, accipitur. proprie enim dicitur deberi, quod ex obligatione debetur, quamquam non eſt noſtrum. in propoſito autem deberi intelligitur qualiter qualiter debitum, ſive ex obligatione, ſive ex dominio, aliove jure. Ei rei argumentum; quod ab utroque, cum Celſo, tum Juſtiniano, omnis definitur actio, tam in rem, quam in perſonam. Nec eſt ſine exemplo, quod verbum, *debuit*, non minus complectitur quod proprie dicitur deberi, quam quod ſuum eſt. Ulpianum audi *l.* 178. §. *ult. D. de verb. ſignif. Hoc verbum,* Debuit, *omnem omnino actionem comprehendit, ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuit perſecutio.* Nimirum nulla eſt in actione in rem obligatio ex conventione poſſeſſoris & domini §. 1. *Inſt. de actionib.* eſt tamen qualis qualis obligatio ex primæva hominum conventione: qua diſtinctis inter eos dominiis placuit, quod alterius eſſet, ſi ad alium perveniſſet, domino reſtitui. eo ſenſu in §. 5. *Inſt. de except.* videtur dici, *Si in judicio tecum actum ſit, ſive in rem, ſive in perſonam, nihilominus obligatio durat.*

Sed ut plenius meliuſque hæc intelligantur; non omittam, quod Ulpianus *l.* 25. *D. de oblig. & act.* ex eoque Juſtinianus §. 1. *Inſt. de act.* ait, omnium actionum quibus inter aliquos apud Judices Arbitroſve de quacumque re quæritur, ſummam diviſionem in duo genera dividi: aut enim in rem eſſe, aut in perſonam. plura neuter adſert genera. Ego vero mihi perſuadeo, eſſe & tertium genus actionum: quæ neque in rem, neque in perſonam ſint; ſed ex utriſque mutuentur: ideoque mixtæ ſint tam in rem, quam in perſonam. tales in §. 20. *Inſt. d. tit.* ſunt tres: familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum. hiſque addi poteſt quarta, petitio hereditatis: ipſa mixta perſonalis appellata *l.* 7. *C. de petit. hered.* Omnes vero partim jure in re nituntur, partim jure obligationis: illud eſt fundamentum actionis in rem, hoc actionis in perſonam: ideoque dicuntur conſtare ex duobus, id eſt, rebus & præſtationibus perſonalibus: ut ex *l.* 22. §. 4. *D. Famil. erciſc. l.* 3. *D. Commun. divid. l.* 1. *D. Fin. regund. & l.* 25. §. 18. *D. de petit. hered.* ſuis in locis manifeſtius demonſtrabitur, ſicut dignum eſt exponi: cum non ſit vanæ & inanis ſubtilitatis, ut a pleriſque creditur; ſed in jure egregii uſus atque effectus. Moratur tamen te, ſat video, auctoritas Ulpiani & Imperatoris *d. l.* 25. *& d.* §. 1. tantum duas actionum ſpecies enumerantium. Sed aut blandior mihi, aut *lib.* 1. *Probabil. c.* 12. evici diligentia obſervationis, frequenter evenire apud Veteres auctores, cum noſtros, tum alios, ut quæ uno in loco ſit bipartita diviſio, alio in loco ſit tripartita: prout mixta ſpecies ab utraque ſimplice ſeparatur tamquam habens quid neutri inſitum; aut ſub altera comprehenditur, quatenus in hanc aut illam inclinat. Sit igitur per Veteres licitum, omnem actionem vel in tres, vel in duas ſpecies diſtribuere.

TITULUS II.

De inofficioſo teſtamento.

Initium ſumit Imperator ab actionibus in rem. hæ ſunt vel de univerſitate, vel de ſingularum rerum petitione *l.* 1. *D. de rei vindicatione.* De univerſitate eſt petitio hereditatis: cujus plures ſunt cauſæ. Prima eſt querela inofficioſi teſtamenti. Eſt autem, ut Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. definit inofficioſum teſtamentum, quod fruſtra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur eſſe conſcriptum. Paulus ait, *Liberis exheredatis:* vel exempli cauſa, vel facta relatione ad originem querelæ, cœptæ a liberis: etſi uſu porrecta eſt longius. ſane Ulpianus *l.* 1. *h. t.* refert, omnibus tam parentibus, quam liberis,

de inofficioſo licere diſputare. addit, cognatos proprios qui ſunt ultra fratres & ſorores, melius facturos, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent. Ac ſecundum hæc accipiendum quoque hoc Marcelli *l. 3. h. t. Inofficioſum teſtamentum dicere hoc eſt, allegare, quare quis exheredari vel præteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falſo parentes inſtimulati, liberos ſuos vel exheredant vel prætereunt.* Illud durius, quod inofficioſum teſtamentum cum ſit impium atque inhumanum, a Gajo *l. 12. §. 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.* jure factum eſſe dicitur. Convenit tamen verbis Legis Duodecim Tabularum his, *Uti legaſſit, ita jus eſto:* quæ ſunt latiſſima *l. 120. D. de verb. ſignif.* Sed enim eadem Lex patri quoque conceſſit occidendi liberos facultatem: & miramur, dediſſe poteſtatem exheredandi, cum dederit jus occidendi? *l. 11. D. de liber. & poſthum. hered. inſt.* Credidit videlicet, patrem ſanæ mentis non venturum ad exheredandum filium, niſi magnis illius peccatis incenſum, ut naturam ipſam vinceret, ut amorem eum penitus inſitum ejiceret ex animo, ut denique patrem ſe oblivisceretur. Sic egregie Cicero *Pro Roſcio Amerino c. 19.* Addo: Seneca *lib. 1. De clementia c. 14.* verba Senecæ: *Numquid aliquis ſanus filium ad primam offenſam exheredat? niſi magnæ & multæ injuriæ patientiam ejus evicerint, niſi plus eſt, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium ſtilum: multa ante tentat, quibus dubiam indolem & pejore loco jam poſitam revocet, ſimul deplorata eſt, jam ultima experitur.* Voluit igitur Lex, patris, quod de eo bene ſperaret, eſſe arbitrium exheredandi filii. Cæterum comperto, novercalibus delinimentis & inſtigationibus malorum hominum ſæpe corrumpi patris judicium: inductum eſt, (ſic loquitur Imperator *pr. Inſt. h. t.*) ut de inofficioſo agere poſſint liberi qui queruntur, aut inique ſe exheredatos aut inique præteritos. Inductum autem hoc non Lege Glicia, ut Jacobo Cujacio viſum *lib. 14. Obſerv. c. 14.* ſed paulatim Diſputatione Juriſconſultorum, atque adeo moribus *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.* Hoc tamen non evincitur verbo, *inductum.* etſi ſcio ad mores referri *l. 2. D. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. 29. D. de liber. & poſth. l. 32. D. de legib.* nam æque ad leges reſpicere, ipſe animadvertit *d. loc.* D. Cujacius ex *l. 24. D. de ſtatu hom. l. 1. D. de uſurp. & uſucap.* Argumentum mihi; quod ad querelam, ſi certa Lege eſſet inducta, pari forma venirent omnes quibus fas eſt, ea uti. at aliter obtinet: emancipatus certe, ut ea agere poſſit, prius debet agnoſcere bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia: cum ea ſuo heredi nulla neceſſaria ſit *l. 6. §. ult. & l. 6. h. t.* probabili indicio, querelam magis eſſe inventum uſus & temporis, quam certæ Legis. Sed in primis facit; quod Imperator *d. pr. Inſt. h. t.* ait, querelam fuiſſe inductam, hoc colore, quaſi ſanæ mentis fuiſſet pater, cum teſtamentum ordinaret. & addit, hoc dici; non quaſi vere furioſus ſit: ſed recte quidem ſecerit teſtamentum, non autem ex officio pietatis: nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſſe, jam ante obtinuerat ex mente Legis. Sic Imperator: & ante Marcianus *l. 2.* & Marcellus *l. 5. h. t.* Eſt vero hoc non Legis: (nam Lex directo jus facit, manifeſta Populi voluntate, nec eget colore) ſed privatorum, quales ſunt Juriſconſulti: qui temperantes Legis duritiem, ſolent colores adhibere: ne adverſus eam facere intelligantur. indicavi tales *lib. 3. Probabilium c. ult.*

Paris fuerit elegantiæ inveſtigare, cur actio de inofficioſo in ſpecie querela indigitetur, & exheredati liberi queri dicantur *l. 1. D. pr. Inſt. h. t.* & paſſim: cum alioquin omnis actio querela videatur *l. ult. D. de in jus vocand.* & alibi. Mihi ſuccurrit, quod querelam miſeratio invenit liberis: qui injuria exheredati non poterant adverſus patrem, in cujus erant poteſtate, æquo jure, id eſt, aut actione aut accuſatione, conſiſtere. quo modo ad querelam confugere quotquot læſi a jure deſtituuntur, ſuis exemplis ſuperiore Titulo demonſtravi.

Sed probabile eſt, non vim æqualis juris, ſed miſerationem, effeciſſe; ut remedium quo inofficioſum teſtamentum Lege Duodecim Tabularum validum, ex æquo & bono reſcinditur, acceperit querelæ nomen; etſi ſequente uſu in actionem converſum atque etiam accuſatio appellatum: eo quod querentes de inofficioſo teſtamento, non modo hoc accuſant tamquam impium; ſed etiam hereditatem ab inteſtato petunt. Non minus liquet, cur Judices in hac querela Centumviri dicantur *l. 17. h. t.* ipſumque judicium Centumvirale appelletur *l. 13. eod.* ſolitis cauſis de æquo & bono, præſertim gravioribus, apud Centumviros exerceri. Verum hoc executus ſum *lib. 1. De juriſdict. & imper. c. 8.* atque inde ſic reſtituenda in *l. 7. l. 28. & l. 31. D. h. t.* eſt Inſcriptio, *Paulus lib. ſingulari De Centumviralibus judiciis:* ut ut Cujacius *lib. 14. Obſerv. 14.* retineat Florentinam lectionem, *De Septemviralibus judiciis.*

Hactenus de nomine, deque ratione inventæ querelæ. deinceps de ejus natura & proprietate diſputabo: multis exiſtimantibus, tantum continere præparationem petitionis hereditatis: aliis contra, illa non præparari hereditatis petitionem, ſed ipſam peti hereditatem. quod & mihi ſedet. Quam ob rem? quia filius a patre exheredatus, dum queritur de inofficioſo teſtamento, contendit, patris hereditatem ex Lege ſuam eſſe ab inteſtato: præfatus, ſe exheredari ab illo non debuiſſe. hoc vero quid vult, quid efficit; niſi quod de inofficioſo teſtamento querens, patris hereditatem petit ex Lege: adjecta cauſa de inoffi-

officioſo, id eſt, quod patris teſtamentum quo ab ea excluditur, eſt impium, eoque negligendum, perinde ac ſi a furioſo eſſet factum. Nec ſic alia procedit via, quam heres ſcriptus hereditatem ſuam vindicans ideo, quod eam adiit ex teſtamento quo ſit inſtitutus; aut heres legitimus, cum hereditatem ſuam eſſe petit ideo, quod eam ex Lege adiit, nullo facto teſtamento. Tali comparatione utuntur Græci, *Baſilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *pag.* 221. *& ſeq.* ſubnixi auctoritate *l.* 34. *C. h. t.* in qua querela a Juſtiniano vocatur *hereditatis petitio ex nomine de inofficioſo.* Nec a Juſtiniano tantum ſic indigitatur: ſed a Tryphonino quoque in *l.* 20. *D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* dicitur *petitio ex cauſa inofficioſi querelæ movendæ.* Quid? quod Ulpianus *l.* 8. §. 8. *h. t.* ubi ſumus duo filii exheredati, *Si*, inquit, *inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed dimidiam petere.* Sic Ulpianus: clare teſtatus, per inofficioſi querelam ipſam peti hereditatem: inſuper addit, quatenus ea hereditas per querelam peti debeat. Quod & Paulo negotium eſt *l.* 19. *d. t.* Verba Pauli. *Filia præterita id vindicare debet quod inteſtata matre habitura eſſet. itaque dici poteſt, eam quæ omiſſa eſt, etiamſi totam hereditatem ab inteſtato petat & obtineat, ſolam habituram univerſam ſucceſſionem.* Tantum igitur abeſt, ut querela inofficioſi quædam ſit præparatio petitionis hereditatis: ut e contrario ipſa ſit hereditatis petitio, ſive hereditatis vindicatio ex cauſa inofficioſi. Mitto cætera: ſpectemus effecta inſtitutæ querelæ. His duo obtinentur: primum eſt, ut teſtamentum reſcindatur: alterum, ut hereditas exheredati eſſe ex Lege ab inteſtato judicetur. hoc plus efficitur, ut (quod in vindicatione extremum juriſdictionis dicitur *l. unic.* §. 1. *D. Si quis jus. dicenti non obtemp.*) hereditas heredi ſcripto auferatur. id eſt conſequens ſuperioribus. ſed quid vetat, teſtem adhiberi Paulum? qui in *l.* 21. §. 2. *h. t.* ait, hereditatem per inofficioſi querelam evinci ab eo qui heres inſtitutus ſit. *Evincere* enim non eſt ſimpliciter vincere: ſed vincendo quod intendis, auferre, abducere, extorquere: prorſus, ut quod ablatum, extortumve non ſit, nec evictum eſſe exiſtimetur. Sic verbum ſonat ſub Titulo *D. de evictionibus l.* 57. *l.* 21. *pr.* §. 1. *&* 2. nec aliter accipitur in hoc Livii *lib.* 2. *c.* 5. *Evincuntque inſtando ut literæ ſibi ad Tarquinios darentur.* Similiter apud Columellam *lib.* 6. *De re ruſtic. c.* 5. *Evincendi ſunt autem, quamvis peſtiferi morbi, & exquiſitis remediis tollendi.* Plura non addo: nam ſi exheredatus querela vindicat hereditatem ex cauſa inofficioſi, tamquam Lege ab inteſtato adquiſitam: ſi illam heredi ſcripto aufert, ſive, ut Paulus ait, ab illo evincit: quo tandem argumento dices, querela præparari hereditatis petitionem, cum appareat, illa abſolvi? quid enim reſtat? nihil. Sic Paulus: non enim aliud voluit *d. l.* 21. §. 2. *h. t.* ubi reſpondit, *Evicta hereditate per inofficioſi querelam ab eo qui heres inſtitutus eſſet, perinde omnia obſervari oportere, ac ſi hereditas adita non fuiſſet: & ideo & petitionem integram debiti heredi inſtituto adverſus eum qui ſuperavit, competere, & compenſationem debiti.* Ab eodem fonte Papinianus *l.* 15. §. 2. *h. t.* ait, *Filium qui de inofficioſo actione adverſus duos,* verbi gratia, *expertus, diverſas ſententias judicum tulit, & unum vicit, ab altero ſuperatus eſt, poſſe debitores convenire, & a creditoribus conveniri pro parte, & corpora vindicare, & hereditatem dividere:* hac adjecta cauſa quæ eſt optima; *quia verum eſt, familiæ erciſcundæ judicium competere: eo quod credimus, eum legitimum heredem pro parte eſſe factum.* Sunt hæc evidentia; maxime in ſuo herede: nam cum jure civili ſolum queri de inofficioſo patris ſui teſtamento, id eſt, patris hereditatem a qua injuſte excluſus eſt, ſuam vindicare ex cauſa de inofficioſo, vel hoc argumento eſt: quod is olim vivo patre quodammodo fuit dominus rerum paternarum; & mortuo, ſi non exheredetur, magis retinet vetus dominium, quam novum conſequitur *l.* 11. *D. de liber. & poſth.* eoque poteſt ex cauſa inofficioſi ſuam dicere patris hereditatem: quæ, remoto teſtamento, ejus manſit jure civili. In filio emancipato non eſt idem jure civili: quia ille patri eo jure eſt extraneus; ita nec vivo patre eſt dominus rerum paternarum, nec mortuo, apparet dominus: quin nec aditione fit talis: non delata ei ab inteſtato hereditate. quo igitur argumento putemus querelam inofficioſi jure civili eſſe ejus, cui nulla eſt facta injuria: quia patris hereditatem neque ipſo jure ſuam dicere, neque aditione, ſuam facere, poteſt? Sed placuit, vel illi per querelam ſuccurri: impetrato a Prætore remedio poſſeſſionis bonorum Unde liberi ſine re *l.* 2. *C. h. t.* tantum litis ordinandæ gratia *l.* 7. *D. eod.* ut ſub prætextu reſciſſæ per hanc emancipationis, interea ad querelam haberet aditum: perinde ac ſi in patris poteſtate manſiſſet; & cum ante non poſſet queri, id eſt, patris hereditatem jure civili vindicare ex cauſa de inofficioſo: nunc eam, tamquam bonorum poſſeſſor, poſſit ex cauſa de inofficioſo ſuam dicere jure Prætorio: &, ſi obtineat; cum re retinere poſſeſſionem quam ante ſine re habuerat *l.* 8. §. *pen. h. t.* Sic Græci *d. lib.* 39. *Baſilic. tit.* 1. *Schol. tom.* 5. *pag.* 261. Sed liquet, per querelam non præparari hereditatis petitionem; ſed ipſam peti hereditatem. ac ne videatur ſic homini ſano teſtamenti factio auferri contra Legem Duodecim Tabularum; rem illo colore defendi apud Judicem: ut ille, cum inique ordinaret teſtamentum, non ſanæ mentis fuiſſe exiſtimetur *pr. Inſt. & l.* 5. *D. h. t.* Diſtinguatur igitur querela a petitione hereditatis qua de agit ſequens Titulus: at idcirco non deſinit eſſe hereditatis petitio ex cauſa de inofficioſo. quin recte definitur,

petitio hereditatis ab inteſtato delatæ qua inique exheredatus præteritusve petit, teſtamentum reſcindi, & hereditatem ſibi ab inteſtato adjudicari. Non me vexat, quod quis objiciat, petitionem hereditatis numquam dari adverſus heredem: tantum dari adverſus eum qui non eſt heres, ſed hereditatem pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet *l. 9. & ſeqq. D. de hered. petit.* at querelam dari adverſus ſcriptum heredem, hereditate ab eo adita *l.* 8. §. 10. *h. t.* item adverſus filium præteritum poſt agnitam cum re bonorum poſſeſſionem contra tabulas *l. 20. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Nam primum eſt diverſa utriuſque petitionis ſpecies. deinde ſi ſpectamus exitum querelæ; ne ipſa quidem datur adverſus verum heredem, ſed magis adverſus eum qui hereditatem pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. Non majoris momenti eſt; quod præterea allegatur, petitionem hereditatis eſſe vel ex teſtamento, vel ab inteſtato *l. 1. 2. 3. D. de petit. hered.* querelam ex neutra. Nam querela, ut dictum, non eſt qualis qualis hereditatis petitio: ſed ex nomine, ſive ex cauſa, de inofficioſo, id eſt, ab inteſtato reſciſſo teſtamento, quaſi a furioſo facto.

Aliquem conturbet ſequens Pauli locus ex *lib. 4. Sentent. tit. 5. §. 4. Qui inofficioſum dicere poteſt, hereditatem petere non prohibetur.* Sed tentemus, ne ejus ſenſus ſit: Quod habens inofficioſi querelam adverſus heredem ſcriptum, etiam poteſt adverſus eum ſimplicem inſtituere hereditatis petitionem: non quidem ex rigore juris, ſed ex æquitate. nempe, quamvis adverſus eum qui ex teſtamento poſſidet hereditatem, non poſſit agi ſimplice hereditatis petitione, parata, ſi agatur, exceptione, *Præterquam ſi hereditatem poſſideo ex cauſa teſtamenti:* an tamen iniquum fuerit, eam exceptionem infringi replicatione, *Niſi id teſtamentum ſit inofficioſum: paratuſque ſim, de inofficioſo agere?* fuit id eo facilius receptum: quod non videbatur improbanda modeſtia ejus: qui, ne patris teſtamentum, tamquam inſani, reſcindatur, maluit ſimplice hereditatis petitione, quam querela de inofficioſo, experiri: cum ſi agatur ſimplice hereditatis petitione, in quam per replicationem incidat querela de inofficioſo, non principaliter vertatur inofficioſi querela; ideoque de inofficioſo quidem cognoſcat Judex; at non de eo, ſed de hereditate, pronunciet: ut in ſimilibus obſervari, intelligitur ex *l. unic. C. de ordine judiciorum.* Mihi proclive eſt, Paulum ſic interpretari: ac præterea reducere ad ſequentem Conſtitutionem Impp. Severi & Antonini *l. 1. C. h. t.* ad quam mihi videtur reſpexiſſe. *Cum de inofficioſo matris ſuæ teſtamento filius dicere velit adverſus eum qui ex cauſa fideicommiſſi hereditatem tenet: non eſt iniquum hoc ei accommodari: ut perinde fideicommiſſarius teneatur, ac ſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat.* Locum difficilem expediet apposita facti ſpecies: Mater præterito aut exheredato filio, alium inſtituit heredem: rogans, ut hereditatem tertio reſtituat. is eam reſtituit. deinde filius adverſus fideicommiſſarium, tamquam qui hereditatem pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat, ſimplicem inſtituit hereditatis petitionem. fideicommiſſarius excipit, *Niſi hereditatem poſſideat ex cauſa teſtamenti Jure Civili validi:* adverſus quem ea hereditatis petitio nulla competit. Filius replicat, *Præterquam ſi id teſtamentum ſit inofficioſum:* aitque, ſe paratum eſſe de inofficioſo dicere. De jure quæritur. Ajunt Imperatores, petitionem hereditatis non quidem dari adverſus eum qui hereditatem poſſideat ex cauſa validi teſtamenti: ſed non eſſe iniquum, hanc accommodari filio, volenti parcere pudori matris a qua ſit exheredatus præteritusve, ut perinde teneatur fideicommiſſarius, ac ſi hereditatem pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat. Quod Paulo convenit. Æque eſt obſervandum; quod, ſi hereditas ab exheredato poſſideatur, etiam poteſt querela per modum exceptionis inſtitui *l. 8. §. 10. D. h. t.*

Dixi, quid ſit inofficioſi querela. dicam, quibus detur. in primis ſciendum eſt, non dari aliis, quam quibus injuriam exheredatione aut præteritione factam eſſe, apparet. quales ſoli ſunt ad ſucceſſionem admittendi, niſi exheredati præteritive eſſent. utique, cum pertendat querela ad reſciſſionem inofficioſi teſtamenti, nec minus ad petitionem hereditatis ab inteſtato: quam amabo, dabis cauſam, cur aut reſciſſio illa, aut petitio, fruſtra ſit indulgenda ei qui ne reſciſſo quidem teſtamento, jus ad defuncti hereditatem ab inteſtato ſit habiturus? eſt igitur rationis, querelam ſolis dari his qui futuri fuiſſent heredes; ſi defunctus inteſtatus deceſſiſſet: quia ſoli poſſunt de injuria queri, & ab inteſtato petere hereditatem. Eſt tamen vel hoc prudenter accipiendum. nam nec omnibus ab inteſtato venientibus, licere de inofficioſo diſputare, Ulpianus putat *l. 1. h. t.* ſed tantum liberis, parentibus, & fratribus. ultra hos qui ſunt cognati, eos melius facturos ait, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent; cum obtinere ſpem non haberent.

Erit pretium operæ, de ſingulis paulo accuratius diſſerere: ſed primum de liberis: quorum etiam in deferenda hereditate ab inteſtato, quæ per querelam petitur, prima cauſa eſt: concurrente & naturæ & parentum voto, ſuos liberos ſibi ſuperſtites ſperantium. id obſervat Papinianus *l. 7. §. 1. D. Si tab. teſtam. nul. extab. und. lib.* Et optime Paulus *l. 7. D. de bon. damn.* Verba Pauli: *Cum naturalis ratio, quaſi lex quædam tacita liberis addicit parentum hereditatem, eos velut ad debitam ſucceſſionem vocando propter quod & in jure civili eis inductum eſt ſuorum nomen, ideo ne judicio*

qui-

quidem parentum, niſi meritis de cauſis (ſic recte legitur Florentiæ: cum alias edatur, *certis de cauſis*: non convenienter ſeculo Pauli, ſed *Novellæ* 115. c. 3. poſtea a Juſtiniano conſtitutæ) *ſubmoveri ab ea ſucceſſione poſſunt*. Quod ſi contra fiat: parata eis eſt inofficioſi querela, ſine diſtinctione, utrum maſculi ſint, an fœminæ; nec magis, utrum in poteſtate, an extra poteſtatem ſint, emancipati, verbi gratia *l. 7. h. t.* Longius it Marcellus *l. 5. eod. Et his*, inquiens, *qui non ex maſculis deſcendunt, facultas eſt agendi, cum & de matris teſtamento agant, & obtinere adſidue ſoleant*. Igitur ut querela initio non competierit aliis, quam ſuis heredibus: obtinuit tamen; ut omnibus daretur liberis, etiam ſpuriis: non quidem patris reſpectu, (quem enim habent patrem, ſi non demonſtratur nuptiis?) ſed matris *l. 29. §. 1. h. t.* ſemper certæ, etſi vulgo conceperit. De adoptivi patris teſtamento nihil addam: quia de eo, quatenus ad vetus & novum jus attinet, plene Juſtinianus. *l 10. C. de adopt.* Non tamen prætermittam, quod de adoptivæ matris teſtamento ſic ſcribit Ulpianus *l. 29. §. 3. h. t. Quoniam femina nullum adoptare filium ſine juſſu Principis poteſt, nec de inofficioſo teſtamento ejus, quam quis ſibi matrem adoptivam eſſe falſo exiſtimabat, agere poteſt.* Ulpianus negat, agi de inofficioſo matris adoptivæ teſtamento: ac cauſatur, quod fœmina nullum filium adoptare poteſt: utique *ſine juſſu Principis*. puto, vere: ſed non pro diſciplina ſui temporis: quo adoptio fœminis per Reſcriptum Principis nondum fuit inducta in ſolatium amiſſorum liberorum. illa originem accepit ex Conſtitutione Impp. Diocletiani & Maximiani *l. 5. C. de adopt.* ut demonſtravi ſupra ſub *Tit. De adopt.* ſi recte: eſt, quod verear; ne poſſint verba *d. §. 3. l. 28.* hæc, *Sine juſſu Principis*, aut Triboniani videri, aut alicujus Interpretis: Ulpiani certe non ſunt. Sic in liberis natis.

Quid de poſthumis? Ulpianus *l. 6. h. t.* ſic ſcribit: *Poſthumus inofficioſum teſtamentum poteſt dicere eorum quibus ſuus heres vel legitimus potuiſſet fieri, ſi in utero fuerit mortis eorum tempore. ſed & cognatorum: quia & horum ab inteſtato potuit bonorum poſſeſſionem accipere. Quid ergo? eis imputatur, cur inteſtati non deceſſerant? ſed hoc nemo apud Judicem poteſt impetrare: non enim interdicitur teſtamenti factione. Hoc plane ei imputare poteſt, cur eum heredem non ſcripſerit: potuit enim heres ſcriptus in poſſeſſionem mitti ex clauſula de ventre in poſſeſſionem mittendo; item natus ſecundum tabulas haberet. Simili modo & eum qui poſt teſtamentum matris exſecto ventre extractus eſt, poſſe queri dico.* Quid hic Ulpianus? querelam dat exheredato poſthumo, atque ipſi non unius generis. Primus eſt qui ex juſta uxore natus vivo teſtatore, ei ſuus heres fuiſſet. ille nimirum vivo patre aut avo natus, potuiſſet de inofficioſo queri: quid ni poſt mortem nato æque liceat eorum teſtamenta inofficioſa dicere: cum utique pro nato habeatur poſthumus, quoties de ejus utilitate agitur? Deinde permittit Ulpianus poſthumo, queri de inofficioſo teſtamento ejus, cui potuiſſet fieri legitimus. Ulpianus nullum dat exemplum: ſed eſt in poſthumo fratre conſanguineo a conſanguineo fratre temere præterito aut exheredato. Similiter filius matri, cui alioquin eſt cognatus, ex Senatusconſulto Orphitiano ſuccedit, tamquam legitimus. Non ſuccedit ei quaſi ſuus: ſed, ut dixi, tamquam legitimus: quia fœmina numquam habet ſuum heredem. Tertio ait Ulpianus, etiam poſthumum cognatum queri de inofficioſo teſtamento ejus, cui quaſi cognatus poſſet fieri bonorum poſſeſſor. & exemplum in poſthumo nepote ex filio dato in adoptionem, & poſt eam concepto. Hic non vocatur ut ſuus, neque ut legitimus: ſicut nec filius in adoptionem datus, aut ſuus aut legitimus eſt §. 10. & 13. *Inſt. de hered. qual. & differ. l. 6. §. 4. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Talis igitur nepos poſthumus avo ſuo eſt poſthumus cognatus. is ab inteſtato quidem habet bonorum poſſeſſionem Unde cognati: exheredatus vero querelam. Omnibus his poſthumis, ſive nati, ſive ex ventre exſecti ſint, querelam dat Ulpianus *d. l. 6.* modo in utero fuerint tempore mortis teſtatoris. nam poſt concepti, non poſſunt quaſi ſui, neque quaſi legitimi, neque quaſi cognati, ſuccedere *l. 6. D. de ſuis & legitim. hered.* Summa Ulpiani (cujus exempla ex uſu ſui temporis ita, ut oportet, dedi) huc redit: quod querela datur poſthumo non modo ſuo, ſed etiam alieno: qualis eſt poſthumus legitimus, & poſthumus cognatus. Dices: neuter jure civili poteſt inſtitui, neque ab inteſtato fieri, heres. & ſi hoc eſt: neutri exheredatione fit injuria. cur igitur datur querela? an quia teſtator fecit teſtamentum? cave putes. nam ut ei non interdicitur teſtamenti factione: ſic nec eſt, cur ei imputetur, quod non deceſſit inteſtatus. quid ergo eſt? hoc ei imputatur, quod non fecit heredem. At non potuit. Sit ita jure civili: ſed jure Prætorio potuit *pr. Inſt. de bonor. poſſeſſ.* Igitur heres ſcriptus & nondum natus, poteſt mitti in poſſeſſionem ex clauſula de ventre in poſſeſſionem mittendo. natus autem habet poſſeſſionem ſecundum tabulas. quid ni exheredatus habeat querelam inofficioſi? At enim non poteſt poſthumus admittere ingratitudinis cauſam. Niſi idcirco ei datur querela: cum utique valeat teſtamentum in quo eſt exheredatus; etſi in eum non cadat exheredandi cauſa: tam lata poteſtate Legis Duodecim Tabularum. Adhæc poterat olim poſthumus, quod incertæ eſſent exheredationis cauſæ, alieno odio exheredari. prohibuit quidem hoc Juſtinianus *l. 33. § 1. C. h. t.* ſed non ideo effecit, ne hodie exheredato poſthumo querela opus ſit. contra verius eſt, tale teſtamentum

vel

vel poſt hanc legem ſuſtineri; donec querela intendatur adverſus ſcriptum heredem: tum vero per eam reſcindi ſemper: cum ante non ſemper reſcinderetur. Hoc, me auctore, liquebit collata Subſcriptione *d. l.* 33. *& l.* 4. *C. de liber. præterit.* nam ex ea intelligetur; quod *d. l.* 4. eſt poſterior *d. l.* 33. lata ſcilicet Kalendis Septembris anni 531: cum *d. l.* 33. ſit lata Kalendis Octobris anni 529: & tamen in fine *d. l.* 4. dicitur teſtamentum ſubſiſtere, poſthumo vel poſthuma nominatim exheredatis.

Competit igitur querela liberis: querentibus, ſe inique exheredatos aut præteritos eſſe *pr. Inſt. & l.* 3. *D. h. t.* Sed hos quomodo diſtinguimus? tu exheredatos accipe a patre, avove paterno: præteritos a matre, avove materno: nam a patre præteritis, teſtamentum ab initio nullum eſt ipſo jure: ſiquidem ſint ſui heredes; alioquin per bonorum poſſeſſionem contra tabulas jure Prætorio. matris autem vel avi materni ſilentium pro exheredatione nominatim facta habetur *pr.* §. 3. *& ult. Inſt. de exher. liber. l.* 8. *pr. & l.* 4. §. 2. *D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Imo matris præteritio aliquando pro inſtitutione habetur. Ubi? in *l.* 3. *C. h. t.* itemque in *l. ult. D. de hered. inſtit.* tum in *l.* 28. *D. h. t.* Sed ſpeciales ſunt hi caſus, non pendentes a juriſdictione Magiſtratus, alligati juris regulis: ſed a benignitate Principis legibus ſoluti, volente æquitate ultro perſpicua. Nos rem ordinario jure æſtimantes, liberos exheredatos exaudimus a patre: præteritos a matre aut avo materno. Nec hoc mutatum a Juſtiniano per *Authent. Ex cauſa C. de liber. præterit.* Nam, hæc male poſita eſt ſub illo Titulo: cum ſit deſumpta ex *Novella* 115. *c.* 3. & locanda ſub Titulo Codicis *De inofficioſo teſtamento:* ad quem illa Novella pertinet. Igitur oportet liberos quibus querela detur, eſſe exheredatos aut præteritos: ſed inique. nam ſi fuerit exheredandi cauſa, quid culpetur? *l.* 132. *D. de verb. oblig.* Non tamen qualis qualis ſufficit cauſa: ſed juſta, arbitrio Centumvirorum relicta, nulla lege certa hac in parte. Sed nec opus erat, aliquam teſtamento inſeri. valebat enim teſtamentum, nulla inſerta: quin erat filii, docere ſe immerentem, & ideo indigne exheredatum eſſe *l.* 3. *&* 5. *D. & l.* 28. *C. h. t.* Tria hæc mutavit Juſtinianus *c.* 3. *Novel.* 115. Primum fecit cauſas exheredationis certas numero quatuordecim; omnes ordine enumerans. Deinde voluit, ex his teſtamento adſcribi aliquam. Tertio vetuit, fidem adſcriptæ cauſæ argui a filio exheredato. imo juſſit, eam ab herede ſcripto probari. Inde duplex quæſtio. Una, an ipſo Jure valeat teſtamentum, in quo inſerta non ſit exheredationis cauſa. Altera, an exheredatio poſſit fieri ob cauſas alias, quam in *d. c.* 3. expreſſas. Quod ad priorem attinet: ſic cenſeo, teſtamentum ab initio valere, etſi non inſerta exheredandi cauſa. Firmamentum hujus ſententiæ: quod, ut Jure Civili & Prætorio valeat teſtamentum, ſufficit, filium a patre eſſe rite exheredatum *l.* 8. §. 2. *D. de bon. poſſ. contr. tab.* Rite autem eſt, nominatim, pure, a tota hereditate, & ab omni gradu: plus, (ut infra demonſtrabitur *lib.* 28. *Tit.* 2. Qui eſt, *De liberis & poſthumis*) non deſideravit vetuſtas ante *Novell.* 115. *c.* 3. nec illa quid novi induxit hac in parte. adhuc igitur obtinet jus antiquum, poſteriore lege non mutatum. Non me turbat, quod voluiſſe dicitur Juſtinianus, hanc dare formam exheredationi, ne deinceps fiat, non adjecta cauſa: & quod contra legem fit, ipſo jure nullum eſt *l.* 5. *C. de legib.* Nam ea forma a Juſtiniano non præſcribitur conficiendo teſtamento ſic, ut velit id, propter ejus omiſſionem, ab initio infirmum eſſe, quaſi non rite factum: ſed eſt ei negotium, ponere formam qua teſtamentum rite factum, jure civili validum, idcirco quod eſt inofficioſum, per querelam ex poſtfacto reſcindatur. Huic rei argumentum certum atque indubitatum; quod Imperator in fine *d. c.* 3. juſſit, non obſervatis his quæ obſervari voluit, teſtamentum reſcindi: at non in totum, ſed quantum ad inſtitutionem attinet, cætera voluit firma manere. nam ſi hoc eſt; apparet, eum non jubere, totum teſtamentum ob omiſſam exheredationis cauſam, eſſe ab initio nullum: ſed cum ab initio totum valet, ex poſtfacto per querelam tantum pro parte infirmari. Puto igitur, Juſtinianum *d. c.* 3. *Novell.* 115. negantem, patri vel matri licere filium vel filiam præterire aut exheredare, niſi ſuo teſtamento nominatim ipſas inſeruerint ingratitudinis cauſas, jam perinde eſſe accipiendum; quaſi dicat, non licere patri vel matri filium in teſtamento non adſcripta cauſa exheredare: quin ei jus ſit, id teſtamentum per querelam evertere. quomodo in *l.* 33. §. 1. *C. h. t.* ubi dicit, *Et hujuſmodi cauſam liberis non tantum infantibus, ſed & quantamcumque ætatem agentibus opponi minime concedimus*, tantum ſignificat, hoc non concedi; quin poſthumus aut alius exheredatus habeat querelam. Hæc de priore quæſtione.

In poſteriore mihi perſuadeo, quidquid ab aliis jactetur, non poſſe exheredationem, ſalva voluntate Juſtiniani, quæ ſola & Jureconſulto, & Prætori, conſideranda, alias fieri ob cauſas, quam in *d. c.* 3. expreſſas. Neque hoc idcirco præ me fero: quaſi aut iniquum putem, alias admitti, præter expreſſas: aut quod mihi lateant cauſæ expreſſis ſimiles aut graviores. contra ſcio, eſſe multas non dicam expreſſis pares, ſed longe graviores; taleſque admitti, æquitatem pati. Me movet; quod Juſtinianus in *d. c.* 3. palam vetuit, alias cauſas, præter expreſſas, interpretatione recipi. Dices, in pari cauſa par jus eſſe oportere: porro leges numquam ſcribi poſſe tam accu-

rate;

rate; ut omnes caſus aliquando emerſuros complectantur: ideoque & Magiſtratus, & Juriſconſulti eſſe, quoties ratio poſtulat, a ſimili ad ſimile, a minore ad majus, itemque a majore ad minus, interpretando procedere *l.* 10. *& ſeqq. D. de legibus.* poſtremo aliud ſervantibus in *d. c.* 3. Imperatori non conſtare rationem. Sed illa me de gradu quem ſemel cepi, non dejiciunt: non enim æquitas hic quæſtioni eſt, ſed Imperatoris voluntas: adverſus quam nihil valet æquitas. petenda illa, ſi ſapimus, ſemper eſt a mente Legiſlatoris: at eo invito & prohibente, inducenda numquam eſt. Sit igitur Principi, id eſt, Legiſlatori, jus faſque, exheredationem indulgere ob cauſas alias aut ſimiles aut graviores: ſed quamdiu is ceſſat: quo jure audebit hoc quis privatus aut Juriſconſultus aut Magiſtratus? At non poteſt ſic Juſtinianus ab abſurditate & quidem magna atque evidente excuſari. Quid tum poſtea? Ipſe vetuit, ſuam voluntatem latius porrigi: utrum ſapienter, an ſecus, æque, an inique, ad rem non pertinet: ipſe viderit. clare Conſtantinus *l.* 1. *C. de legibus, Inter æquitatem*, inquit, *juſque interpoſitam interpretationem ſolis Nobis & licet & oportet inſpicere.* Servanda igitur a privatis, cum Juriſconſultis, tum Magiſtratibus, eſt durities *Novellæ* 115. *c.* 3: donec a Principe nova lege infringatur jure ſummi imperii: cum privatis qui legibus tenentur, adverſus legem certam, quamvis duram, nihil juris ſit; dumtaxat obſequii gloria relinquatur. *l.* 12. *D. Qui & a quibus manumiſſi.* atque huc referri etiam poſſint Valentinianus & Martianus *l.* 9. *C. de legibus.* Non obſtat *d. l.* 10. *cum ſeqq. D. de legibus.* quia his demum locus eſt, non contraria Legiſlatoris voluntate: ut eſt obſervatum ſupra ſub Titulo *De legibus.* Mitto liberos.

Tranſeo ad parentes: quibus accuſare inofficioſa liberorum teſtamenta, & Juſtinianus & Ulpianus permittunt §. 1. *Inſt. & l.* 1. *D. h. t.* Nec tamen hoc ſine difficultate fuiſſe, Papinianus auctor eſt *l.* 15. *h. t.* cauſatus, poſſe dubitari, an patri debeatur filii hereditas; eoque querela ad ejus petitionem pertinens. ſane ſive ordinem naturæ, ſive ſpem parentum ſpectemus: non eſſe in votis, ut parentes liberis, ſed ut liberi parentibus, ſint ſuperſtites. Sic Penelope apud Ovidium, *Epiſt.* 1. *Heroid.*

Di, precor, hoc jubeant, ut euntibus ordine fatis,
Ille meos oculos comprimat, ille tuos.

Etiam ſequens Inſcriptio in Corpore V. CL. Jani Gruteri *pag.* 716. *N.* 7. ULPIA. PAULINA. MATER. INFELICISSIMA. CONTRA. VOTUM. PIETATIS. POSUIT. Eodem modo pater apud Quintilianum, *Declam.* 6. *Ille eſt filius noſter, cujus ſpes ipſas amavimus, quem apud omnia templa, & ſurdos votis Deos ſuperſtitem precati ſumus, a quo ſepeliri optavimus.* Hoc votum parentum, idem liberorum. indicat Lapis ſequens apud Gruterum *pag.* 669. *Inſcr.* 4. ANTONIUS. SEVERUS. AQUILA. HIC. JACET. SINE. ANIMA. MISERABILI. FATO. QUI. VIXIT. ANNOS. BISSENOS. ET. SEX. MENSES. CUI. VOTA. ERANT. UT. PARENTIBUS. ISTA. PARARET. SET. MORS. IMMATURA. FECIT. UT. PARENTES. FACERENT. FILIO. CONTRA. ORDINEM. Ne ſilebo quidem, (nam ad rem ſpectat) quod Seneca liberorum votum ſuos parentes ſibi ſuperſtites ſperantium, eſſe contra bonos mores, arbitratur. Verba Senecæ *Conſolat. ad Marciam. c.* 1. hæc ſunt. *Non eſt ignotum, qualem te in perſonam patris tui geſſeris: quem non minus, quam liberos tuos dilexiſti: excepto eo, quod non optabas ſuperſtitem. nec ſcio, an & optaveris. permittit enim ſibi quædam & contra bonum morem magna pietas.* Ex hoc more ait Papinianus, poſſe ambigi, an parentibus danda ſit querela adverſus teſtamenta liberorum, a quibus ſint exheredati præteritive. primum quia parentibus ordine naturæ non debetur hereditas liberorum. deinde eam non optarunt ſibi: imo abominati eam ſunt. proinde ſi exheredati præteritive ſint a liberis; non videri eorum injuriam, neque indignationem juſtam. Indicavi difficultatem. Quid Papinianus? *Etſi*, inquit, *parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet.* Senſus Papiniani: quod filiorum hereditas parentibus quidem non debetur ex eorum voto, fatis ordine euntibus: at ſi in his ſit, parentes contra eorum votum ſuis liberis privare: jam eſſe pietatis liberorum, turbato ordine mortalitatis, luctuoſam hereditatem infelicibus parentibus ſolatii loco relinquere. quod ſi ab his indigne atque immerenter ſint exheredati præteritive, neglecto pietatis officio, neque abs re videri, vel parentes adverſus inofficioſum liberorum teſtamentum, quaſi plenum furoris, querela adjuvari. Sic Papinianus: & recte; qualeſcumque ſint parentes, maſculi, an fœminæ: modo liberis ex teſtamento vel ab inteſtato poſſint ſuccedere civili aut prætorio jure *l.* 1. *l.* 14. *& ſeq. D. & l.* 17. *C. h. t.* Nec mihi ſit improbabile, etiam matrem queri de filii ſpurii teſtamento, ſicut de inofficioſo matris teſtamento dicere poſſunt ſpurii filii *l.* 29. §. 1. *h. t.* Illud obſcurius, quod Marcianus *l.* 30. *d. t.* in hunc ſcribit modum. *Adverſus teſtamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte agere poteſt.* Sed clareſcet, poſita ſpecie quam ſic effingit Scholiaſtes Græcus, *Baſilic. lib.* 39. *tit.* 1. *pag.* 258. *tom.* 5. *Quidam filium ſuum alii dedit in adoptionem, tranſlata in eum poteſtate, & morte patris adoptivi in quem fuit tranſlata poteſtas, filius factus ſui juris teſta-*

X *men-*

mentum fecit. Et Marcianus ait, naturalem patrem poſſe arguere teſtamentum ejus de inofficioſo. Erat dubitandi ratio: quod filius cum in adoptionem datur, ſe abdicat familia patris naturalis. Meminit Servius ad Virgilium, *lib. 2. Aeneid. verſ. 155. & ſeq. Conſuetudo,* inquiens, *apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem tranſiret, prius ſe abdicaret ab ea in qua fuerat, & ſic ab alia reciperetur.* In emancipatione quoque agi, ne in patris familia ſit emancipatus, ne quid de noſtris dicam, conſtat ex his Auguſtini verbis *lib. 1. Contra ſecundam Juliani reſponſionem. Emancipatum hominem dicis a Deo; nec attendis, hoc cum emancipato agi, ut in familia patris non ſit.* Sed in emancipato a naturali patre ſæpe prævalent naturalia jura *l. 8. §. 7. D. de bon. poſſ. contr. tab.* cum omnia pereant, emancipatione ab adoptivo facta. In adoptivo autem filio quamquam is olim Marciani tempore patri naturali fieret extraneus, aliquæ manebant ex jure naturali reliquiæ, auctore Juſtiniano *l. 10. §. 1. C. de adopt.* cui addi ſuadeam quæ ſupra ſcripſi ſub *Titulo, De adoptionibus, pag. 29. col. 1.* Has vero reliquias (quod erat pietatis naturalis) Marcianus, præferens juris ludibrio, patri querelam inofficioſi permittit adverſus teſtamentum filii in adoptionem dati, & rurſus ſui juris facti; quod & factum ante fuit decreto Piſonis, eo nomine laudati a Valerio Maximo, *lib. 7. c. 7. §. 5.* cujus adſcripſi verba, rei illuſtrandæ cauſa. *Egregia quoque eſt C. Calpurnii Piſonis Prætoris Urb. conſtitutio. cum enim ad eum Terentius ex octo filiis quos in adoleſcentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum ſe querelam detuliſſet: bonorum adoleſcentis poſſeſſionem ei dedit, heredeſque lege agere paſſus non eſt. Movit profecto Piſonem patria majeſtas, donum vitæ, beneficium educationis: ſeu aliquid etiam flexit circumſtantium liberorum numerus, quod cum patre ſeptem fratres impie exheredatos videbat.*

Datur igitur querela parentibus. utrum exheredatis, an præteritis? Nihil refert: etſi in liberis ſit differentia. Illud æque in parentibus, atque in liberis, deſideramus, inique exheredatos aut præteritos eſſe. nam juſta ex cauſa exheredatis aut præteritis ceſſat querela; quia non eſt inofficioſum tum teſtamentum. Interim quæ ſint juſtæ exheredandi cauſæ, etiam hic incertum fuit uſque ad Juſtinianum. Primus is hoc incertum ſuſtulit; poſitis octo cauſis propter quas parentes a liberis exheredari aut præteriri ſinat. enumeravit eas in *Novell. 115. c. 4.* juſſitque ex his aliquam teſtamento inſeri. alias, præter expreſſas, etiam hic admitti vetuit.

Sequitur, ut de fratribus & ſororibus diſpiciamus: nam & fratribus querelam indulgeri, ait Ulpianus *l. 1. h. t.* Juſtinianus *§. 1. Inſt. eod. tit.* etiam ſororibus concedit. tamen non ſemper, ut in parentibus & liberis dictum; ſed demum turpibus perſonis ſcriptis heredibus, idque ex ſacris Conſtitutionibus. Hæ ſunt Conſtantini in *l. 1. & l. 3. Cod. Theod. h. t.* ex quibus concinnata a Triboniano eſt *l. 27. C. h. t.* Quemadmodum? dicam: Conſtantinus *d. l. 1. Cod. Theod.* a querela penitus arcet uterinos: tantum admittit germanos. imo ne hos quidem; niſi inſtitutis perſonis quibus inuſtæ ſint notæ deteſtabilis turpitudinis: amplius non ultra, quam durante agnatione. Sic in *d. l. 1. Cod. Theod.* at in *d. l. 3.* ejuſdem Tituli adhuc ſequentem ponit exceptionem, ſi libertus heres inſtitutus ſit. Sed hæc ex parte mutavit Tribonianus in *d. l. 27.* quam, ut dixi, ex utraque compilavit lege. nam in *d. l. 27.* jubet, idem in ſorore jus eſſe, quod Conſtantinus in fratre conſtituit. præterea non vult intereſſe, utrum agnatio duret, an non. primum igitur deſiderat Conſtantinus in *d. l. 1.* fratres germanos. tales Cornelio Frontoni veteri Grammatico ſunt iiſdem nati parentibus. Feſtus aliter. is, *Germen,* inquit, *eſt, quod ex arborum ſurculis naſcitur. unde & germani, quaſi ex eadem ſtirpe nati.* Feſto igitur germani ſunt iidem conſanguineis, id eſt, eodem patre natis. in qua ſententia etiam fuit Servius ad *lib. 5. Aeneid.* Virgilii *verſ. 412.* & hanc ſequutus in *d. l. 1.* vetus Interpres. cæterum quia Varro, Servio teſte, germanos interpretabatur de eadem genetrice manantes: quod & Iſidorus maluit *lib. 9. Origin. c. 6. p. 1056. lin. 22.* idcirco (ſic ſuſpicor) Tribonianus in *d. l. 27.* pro *germanis* ſubſtituit *conſanguineos.* Admiſit igitur Conſtantinus ad querelam germanos, id eſt, ut dixi, conſanguineos, non etiam uterinos: eo quod tum illi, non hi quoque, legitimi habebantur ſucceſſores: quod & *l. 2. Cod. Theod. h. t.* oſtendit. Vidimus primum Conſtantini requiſitum in *d. l. 1. Cod. Theod. h. t.*

Alterum eſt: quod is querelam fratribus demum permittit, cum inſtitutæ ſunt perſonæ quibus (ſic loquitur) inuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis. Jure Pandectarum (quod colligitur ex Paulo *l. 31. §. 1. h. t*) fratribus etiam competebat querela; prælato iis vel ſervo vel extraneo ſive aliquo extra familiam vel non municipe: cum in liberis & parentibus nihil referret, eſſetne ſcriptus aliquis ex liberis, an extraneis, vel municipibus. Eoque, opinor, reſpicit hoc Ulpiani *l. 24. eod. Quid ſi fratre agente, heredes ſcripti diverſi juris fuerint? quod ſi fuerit: pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videtur.* Ita eſt: Veteribus non placuit, fratribus in fratris teſtamento præferri vel ſervos, vel extraneos, vel non municipes: ſed Conſtantino in *d. l. 1.* non eſt viſus tanti familiæ vel municipii reſpectus: maluit ille, haberi rationem honeſtatis: eamque ſi negligat frater inſtitutis perſonis quibus inuſtæ ſint notæ deteſtabilis turpitudinis, fratri concedi querelam adverſus fratris teſtamentum. ipſum tamen dubito an vehementius atque exagge-

ra-

ratius ſit dictum, quam intelligi debeat. quæ enim poſſunt dici perſonæ quibus inuſtæ ſint notæ deteſtabilis turpitudinis: niſi eæ quas Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de poſtulando* vocat turpitudine notabiles? atque eæ mox ſuis exemplis demonſtrantur §. 6. & in §. 8. diſtinguuntur a perſonis quæ in Edicto Prætoris infamia notantur, & vulgariter infames videntur. Sic cenſeo, atque ideo a Conſtantino in *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* locutionem tam vehementem ita attemperari: *Unde claret, actionem inofficioſi fratribus relaxatam, cum infamiæ adſpergitur vitiis is qui heres extitit omniaque fratribus tradi quæ per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non poteſt inſtitutus.* Amplius puto, Tribonianum inde tenorem *d. l.* 1. in *l.* 27. *C. h. t.* quam ex illa deſcripſit, ad hunc interpolare modum: *Quæ infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ macula adſpergitur.* Quid igitur eſt? ſic diſtinguenda res eſt: ut macula infamiæ & turpitudinis, quarum par ſignificatio eſt, ſit vera infamia, a legum auctoritate pendens, ſive ipſo jure, ſive Judicis ſententia, infligatur: levis notæ macula ſit illa, quæ ut juris auctoritate non ſit infamia; opinione tamen bonorum & gravium virorum non evitat infamiæ notam. De utraque egi ſupra ſub Titulo, *De his qui notantur infamia:* nec jam agam pluribus.

Quod dixi de turpibus & infamibus perſonis, idem Conſtantinus in *d. l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* ſtatuit circa libertos, verbis ſequentibus. *Ita in hac quoque parte, ſi quando libertis heredibus inſtitutis fratres fuerint alieni: inofficioſi actione propoſita, prævaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.* Sic Conſtantinus in *d. l.* 3. at hanc in *d. l.* 27. ita interpolavit Tribonianus: *Vel liberti qui perperam & non bene merentes, maximiſque beneficiis ſuum patronum adſecuti, inſtituti ſunt.* Satis obſcure. Igitur Accurſius, addo, Gutherius *lib.* 1. *De offic. dom. Auguſt. c.* 37: *beneficia* exponit maleficia: ut in *l.* 46. *D. de furtis. l.* 40. §. 1. *D. de damno infect.* Non placet hoc Jano a Coſta ad §. 1. *Inſt. h. t.* malenti, repeti *τὸ non:* ut ſit, non bene merentes, & non maximis beneficiis ſuum patronum adſecuti. Idemque, & pleniore examine, incidit Clariſſimo Eruditiſſimoque meo Amico, Carolo Andreæ Dukero *Opuſc. De Latin. Juriſc. veter. p.* 374. nec alia fuit ſententia Græcorum Scholio ad *d. l.* 27. *Baſilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *pag.* 267. *lit. k.* ex interpretatione Fabroti ſic notantium: *Onerat igitur libertum. namque alii omnes, ſi modo turpes non ſint, recte heredes ſcribuntur; libertum autem non modo non turpem eſſe oportet, ſed & bene meritum de teſtatore, & magnis eum beneficiis adfeciſſe.*

Poſtrema clauſula *d. l.* 27. talis eſt. *Excepto ſervo neceſſario herede inſtituto.* At nec illa extat in *d. l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* unde deſcripta eſt *d. l.* 27. ſed in *d. l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* his verbis: *Servus neceſſarius heres inſtituendus eſt, quia non magis patrimonium, quam infamiam conſequi videtur.* inde tranſlata in *d. l.* 27. hoc ſenſu: ut adverſus libertum fratri prælatum fratris teſtamento, detur querela; præterquam ſi maximis beneficiis ſuum patronum ſit adſecutus, aut ab eo ſit cum libertate inſtitutus heres neceſſarius. quod neſcio an intendat Jacobus Gothofredus.

Hactenus liquet, querelam liberis, parentibus, itemque fratribus & ſororibus deferri. nec opus admoneri, ſi teſtator liberos, parentes, fratres ſororeſque habens, omnes exheredaverit, præterieritve, non peræque omnes ad querelam venire: ſed quo quiſque ordine ad hereditatem ex lege ab inteſtato invitatur, eo ordine ſingulos ad querelam admitti. quam ob cauſam? non aliam, quam quod querela eſt petitio hereditatis ab inteſtato delatæ. Illud non inutile quæri; ſi prior ordine aut gradu ad querelam vocatus, ad eam non accedat, ſive quod non poſſit, ſive quod nolit; an ſequens ordine aut gradu ſuccedat in ejus locum & magis eſt, ut ſuccedat; perinde ac ſi prior ex eo numero non fuerit: exemplo Edicti ſucceſſorii, de quo eſt *l.* 1. *pr.* & §. 10. & 11. *D. de ſucceſſorio Edicto.* quid opus verbis. ſic clare Paulus *l.* 31. *h. t.* & eſt talis ſpecies in *l.* 14. *h. t.* Pater cum filium emanciparet, nepotem retinuit in poteſtate. emancipatus deinde alio ſuſcepto filio, utrumque exheredavit: patrem præteriit; mox vita deceſſit. Quæſito, cui præſertim competat querela? ait Papinianus, omnibus competere: id eſt, tam patri, quam filiis, ſed ſuo cuique gradu. ita non ab omnibus exerceri ſimul: ſed primum a filiis exheredatis, quibus ab inteſtato quoque primum defertur hereditas. interim pendere querelam patris, donec judicetur adverſus filios. inde patrem vocari ad querelam, & ſuam intentionem implere poſſe. Qua ratione? quia defuncti hereditas non modo ejus filiis, ſed etiam ejus patri, debetur. illis ordine naturæ, & communi voto: huic ratione miſerationis, turbato ordine mortalitatis. igitur patrem præteritum de inofficioſo recte queri, indignantem filii impietatem. Atqui filii patri ſuo, ne ad querelam veniret ſequente gradu, inde ab initio obſtitere. Sic eſt: ſed egregie animadvertit Papinianus: quod præcedente cauſa filiorum, non eſt nulla patris intentio: tantum pendet interim, ut dixi: & ſi fuerit adverſus filios judicatum; tum pater ad querelam vocatus, intentionem ſuam, quæ ante pendebat, implere poteſt. nempe filiis per ſententiam remotis, tamquam mortuis, nihil moratur patris querelam quæ illi ante jam competierat. filii certe deſierunt eam habere: & quamquam ante extiterint primo gradu; jam perinde eſt poſt ſententiam, quaſi non exiſtant; cum idem in propoſito ſit, non exiſtere, & non poſſe queri. At enim heres teſtamento ſcriptus,

Judicis ſententia jam eſt heres declaratus. Eſto, quatenus attinet ad filios adverſus quos ſtetit: ſed ea ſententia non nocet patri qui non egit, nec interim potuit agere, ſuſpenſo ejus jure. quin nunc, ubi de inofficioſo agit, non de illorum, ſed de ſua, injuria queritur: adeo non illorum, ſed ſuo, jure experitur: & potuit teſtator habere optimum patrem, cum haberet peſſimos filios. recte igitur Veteres etiam in querela fecere ſucceſſioni locum. Niſi obſtat *l. 9. §. 2. D. de liberis & poſthumis*, & *l. 34. C. h. t.* Sed ne his me fatigem, fecit diligentia Doctiſſimorum Virorum, Arnoldi Vinnii *lib. 1. Select. quæſt. c. 20.* & ante Hugonis Donelli *lib. 19. Com. jur. c. 7.* multo uberius.

Abirem jam ab hac parte: niſi intercederet ſequens quæſtio, an permittenda ſit querela aliis qui ſint ultra liberos, parentes, item fratres & ſorores? Ulpianus *l. 1. h. t.* ait, hos melius facturos, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent. Et præbet Ulpiani ſermo ſpeciem conſilii, quaſi in re adhuc dubia, & nondum certa illo tempore. quamquam ſuo ſic cuidam Alexandro reſcribunt Diocletianus & Maximianus *l. 21. C. h. t.* *Fratris vel ſororis filii, patrui vel avunculi, amitæ etiam & materteræ teſtamentum inofficioſum fruſtra dicunt: cum nemo eorum qui ex tranſverſa linea veniunt, exceptis fratre & ſorore, ad inofficioſi querelam admittatur.* Sed & ipſe Ulpianus *l. 8. §. 5. h. t.* ait, ſi pater filio impuberi pupillariter ſubſtituit, præterita ejus matre, & fratre ſuo: neque matrem inofficioſum teſtamentum dicere, quia patris teſtamentum eſt: neque fratrem patris, quia filii teſtamentum eſt. Utcumque erit: me ſubit mirari, quid agat Ulpianus *l. 6. §. 1. h. t.* ſic ſcribens: *Si quis ex his perſonis quæ ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, de inofficioſo egerit, nemo enim eum repellit, & caſu obtinuerit: non ei proſit victoria, ſed his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem: nam inteſtatum patremfamilias efficiunt.* Hic locus eo juſtius nos moratur: quia decepit Antonium Fabrum V. CL.: ex eo conjicientem, aliam eſſe querelam, aliam petitionem hereditatis. hanc ſubſiſtere intra accuſationem impietatis, & competere unicuique de populo: illam proximis heredibus deferri, nec ultra fratres & ſorores porrigi. Sic Faber: ſed infeliciſſime. mea opinione, non fuit Ulpiano propoſitum quod putat Vir ille Doctus. Quid igitur? nempe, quod ſi quis ex his qui ſanguine juncti, ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, quia alii eos præcedunt, per obreptionem (ut bene Græci) de inofficioſo egerit, cum nemo, id eſt, nemo proximior, ac ne ſcriptus quidem heres, eum repellit, eoque non detegitur obreptio, & caſu obtinuerit: victoria non prodeſt ei, ſed vero heredi, deinde ſupervenienti & ab illo hereditatem vindicanti. Fac, ut rem exemplo declarem: filius emancipatus habens filium & patrem, illum exheredat, hunc præterit, alio herede inſtituto: tam pater habet querelam, quam filius: ſed prior in ea eſt filius, ſicut potius habet jus ad hereditatem. pater de inofficioſo queritur per obreptionem, nemine eum repellente, id eſt, intercedente, vel excipiente. igitur obtinet pater: quamquam non jure: & victoria ei prodeſt adverſus heredem ſcriptum, propter rem judicatam: cujus auctoritatem inter eos ratam haberi oportet. ſed ei victoria non æque prodeſt adverſus teſtatoris filium: qui gradu proximior, niſi exheredatus eſſet, verus heres fuiſſet: nunc remoto teſtamento, ſolus apparet heres. is igitur ſi deinde ſuperveniat, & a victore petat hereditatem ab inteſtato, eam recte petit: cum præſertim res inter alios judicata, aliis non noceat. Dices, nec prodeſſe; quando non poteſt alii per alium adquiri actio aut exceptio. Sed placet hoc Ulpiani, *Nam inteſtatum patremfamilias facit d. l. 6. §. 1.* Senſus: Filius hereditatem jam obtinet: quamquam non directo vi ſententiæ; ſed vi legis, eam remoto teſtamento ab inteſtato deferentis. prodeſt igitur patris victoria defuncti filio; non quod eum facit heredem: ſed quia cauſa teſtati per eam deducta ad cauſam inteſtati, legis delationi locum dat. nec tamen hoc ſemper atque indiſtincte verum eſt: ſed tum demum, ſi totum teſtamentum per querelam ſit reſciſſum: nam ſi tantum ex parte evertatur; magis victori prodeſt victoria, quam heredi legitimo: quia apparet, adhuc extare teſtamentum, quod non eſt in totum reſciſſum: ſed hoc pulchre intelligitur ex *l. 16. l. 19. l. 25. §. ult. h. t.* & bene obſervatum a Græcis, *Baſilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. pag. 250. & 231.*

Similis incidit dubitatio ex *Novell.* 118. *c. 1. & ſeqq.* poſtquam placuit Juſtiniano, ab inteſtato ad defuncti ſucceſſionem ejus liberos vocare primo loco: altero ejus parentes, fratreſque & ſorores ei conjunctos ex utroque latere; tertio fratres germanos cum defuncti fratris filiis ei ſimiliter ex utroque latere conjunctis; quarto fratres & ſorores ei ex altero tantum latere conjunctos cum talis prædefuncti fratris aut ſororis filiis. Pro certo videlicet eſt, quod prædefuncti fratris aut ſororis filii exheredati aut præteriti ad querelam quidem ipſi non admittuntur. ſed quid vetat, hos ſi defuncti parentes aut fratres ſororeſve teſtamentum ſuo loco & ordine reſciderint per querelam, cum his ab inteſtato ad hereditatem concurrere? Movet primum, quod hoc patitur *Nov.* 118. ſi paterfamilias inteſtatus decedat, & per querelam cauſa teſtati ad cauſam inteſtati deducitur: eoque victoria prodeſt his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem *l. 6. §. 1. h. t.* deinde duæ ſunt ſpecies ſucceſſionis: una ex teſtamento, altera ab inteſtato: Novella autem 118 definit omnes ab inteſtato ſucceſſiones: ſive ab initio inteſtatus ſit

pater-

paterfamilias, ſive poſtea fiat inteſtatus, rupto, irrito, aut reſciſſo teſtamento. Jam ſi rem ſpectamus, nil intereſt, utrum paterfamilias ab initio ſit inteſtatus, an deinde inteſtatus fiat: niſi quod priore caſu ſuccedit proximus tempore mortis, poſteriore proximus tempore, quo certum eſt, neminem ex teſtamento fore heredem §. 6. *Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ita Bachovius, *ad Treutler. p.* 1. *Diſp.* 13. *theſ.* 4. *lit. D.* aliique: prima ratione non improbabiliter. Sed diligentiore tractatu habito, magis placet mihi ſententia Viglii Zuichemi Viri Doctiſſimi, ad *pr. Inſt. h. t. n.* 9. exiſtimantis, eos qui a querela removentur, cum eo qui admittitur, in eaque obtinet, ad hereditatem non concurrere ex Novella 118. Non utar multis: inferam ſaltem, quod hæc Novella hereditatem quidem ab inteſtato defert, ſive paterfamilias ab initio inteſtatus fuerit, ſive poſtea inteſtatus factus ſit: ſed non alias, quam ſi ille ſit in totum inteſtatus: ſive nullum fecit teſtamentum, ſive fecit aliquod, ſed inutile ab initio, aut poſtea ruptum, deſtitutum, aut irritum factum: quo caſu neque inſtitutio valet, neque aliud. hoc vero non eſt ita ex *Novella* 115. *c.* 3. nam teſtamentum ex ea non in totum reſcinditur: ſed quatenus ad heredis inſtitutionem attinet; cætera firma manent, ſicut ante firma fuere. atque hoc ſtatuit hæc Novella non modo circa legata aut fideicommiſſa, (ne quis dicat, hæc hodie vel ab inteſtato relinqui) ſed etiam circa tutelæ dationem: tantum in teſtamento; non æque ab inteſtato obtinentem. Utcumque erit: cum noluerit Imperator in *d. Novell.* 115. *c.* 3. teſtamentum inofficioſum, per querelam hodie in totum reſcindi: apparet, eum velle, tale teſtamentum valere ex parte: ideoque patremfamilias hoc novo jure per querelam non in totum haberi inteſtatum. conſequenter igitur putemus, ad defuncti hereditatem in propoſito non venire omnes qui ex *Novell.* 118. ad hereditatem ab inteſtato vocantur: ſed tantum hunc qui querelam inſtituit, atque in ea victor extitit: non in alterius, ſed in ſuum uſum. Nec eſt, quod quis hic provocet ad definitionem *l.* 6. §. 1. *h. t.* nam parata eſt reſponſio; quod querela patremfamilias tempore Ulpiani cujus eſt *d. l.* 6. in totum faciebat inteſtatum: quod poſt *d. Novell.* 115. *c.* 3. non eſt, ut dixi. quid, ſi præterea dicam, quod Ulpianus in *d. l.* 6. §. 1. ait, victoriam prodeſſe his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem, id bene procedere in ſpecie quæ ibi tractatur: in qua illis competebat & ab inteſtato ſucceſſio, & querela; quod hic non eſt.

Sequens locus eſt, adverſus quem querela inofficioſi competat? puto autem, competere adverſus heredem ſcriptum *l.* 25. §. 1. *l.* 27. §. 3. *l.* 29. *D. h. t.* demum adita hereditate: eo quod hereditatis petitio, qua æſtimatur inofficioſi querela, tantum datur adverſus eum qui hereditatem pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet *l.* 9. *l.* 10. & 11. *D. de heredit. petit.* taliſque eſt adita hereditate heres ſcriptus: ſi quidem judicetur, teſtatorem non habuiſſe teſtamenti factionem, quaſi inſanum. Non ita eſt in bonorum poſſeſſione contra tabulas. quia hæc liberis datur, non propter exheredationem, ſed propter præteritionem; nec præfert colorem inſaniæ patris ex injuria, ſed oblivionem ex ſilentio *l. ult. C. de liber. præter.* eoque favorabilis eſt, certe minus odioſa; & quamvis non adita hereditate, modo potuerit adiri, datur adverſus lignum, ſive adverſus teſtamenti tabulas *l.* 4. & *l.* 19. *D. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* Datur igitur querela adverſus heredem ſcriptum, demum adita hereditate. at qualem? nihil refert. nam & ſi Imperator ſit heres inſtitutus, poſſe inofficioſum dici, ſæpiſſime reſcriptum eſt *l.* 8. §. 2. *D. h. t.* egregia ratione quæ eſt Pauli *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 3. in his verbis: *Eum enim qui leges facit, pari majeſtate legibus obtemperare convenit.* De cætero nec eſt omittendum; quod heredis appellatione & heredis heres continetur: quia hereditatem ab herede acceptam, ejus modo poſſidet. idque & de fiſco dicendum *l.* 10. *C. h. t.*

Porro tempus eſt, oſtendi, quid & quantum querela inofficioſi petatur. cum vero ſit hereditatis petitio ex cauſa de inofficioſo: apparet, ea hereditatem ex lege ab inteſtato peti, reſciſſo teſtamento quaſi à furioſo facto inutiliter. proinde ſi unus ſit teſtatoris filius, idem exheredatus, non eſt dubium, quin is vindicet, totam hereditatem ſuam eſſe: ſin plures ſint, tantum quiſque petat, quantum habiturus eſſet; patre ſine teſtamento mortuo. Id rationis eſt: & manifeſte docet Paulus *l.* 19. *D. h. t.* nam matre defuncta, ab eaque ex duabus filiabus una præterita, altera herede inſtituta, ait præteritam non debere totam vindicare hereditatem, ſed ſemiſſem; quia utriuſque portio, matre ſine teſtamento mortua, ex lege ab inteſtato intra ſemiſſem ſubſiſteret. Eſt id explorati juris, ubi duobus exheredatis, utrique licet ad inofficioſi accuſationem venire pari jure. tum enim uno repudiante querelam, aut ab ea tempore aut quo alio modo repulſo, accreſcet alteri pars deficientis: prorſus, ut qui ab initio tantum poterat partem petere, nunc poſſit totam vindicare hereditatem, partim proprio jure, partim jure accreſcendi: ſicut futurum eſſet, ſi paterfamilias ab initio inteſtatus mortuus eſſet *l.* 9. *D. de ſuis & legitim. hered.* Eſt tamen hoc non uſque quaque verum: & ideo nec ſine moderatione accipiendum. tum enim maxime procedit; ubi duobus exheredatis, utrique ab initio jus fuit, ad querelam accedere: legitima portione neutri relicta: nimirum, quia tum uterque pariter ad hereditatem legitimam vocatur. & alter, ſi querelam repudiet, legitimam repudiat heredi-

 tatem

tatem ad quam unice poterat per querelam adſpirare: alter contra, ſi ad querelam veniat, intelligitur legitimam retinere hereditatem. optimo igitur jure ei accreſcat portio querelam repudiantis, aut ab ea excluſi aliter. Hoc iter tenet Paulus *l.* 23. §. *ult.* & *l.* 17. *D. h. t.* Nec obſtruit id Ulpianus *l.* 8. §. 8. *eod. tit.* nam ut proponat duos exheredatos, ſicut fecit quoque Paulus: interim alio modo proponit. nam in Pauli ſpecie neutri relicta eſt portio legitima, & ideo utrique ab initio competit querela. contra in Ulpiani ſpecie uni relicta eſt portio legitima, aut aliquid pro ea, eoque nulla hujus ab initio eſt querela. Inde nunc quæritur in *d.* §. 8. quemadmodum æſtimanda ſit illa portio. plurimum enim refert; utrum ſolus ſit, cui relicta eſt illa portio ſeu quarta; an alius ei faciat partem. nam ſi ſolus ſit, habebit quartam aſſis; alioquin quartam ſemiſſis. utrum igitur partem ei facit frater ſimpliciter exheredatus? ait Ulpianus, facere. igitur non vult, ei deberi quartam aſſis, ſed quartam ſemiſſis: quia putat, fratrem exheredatum ei partem facere. utique, ſi queritur. imo, ſi non queritur. quæſo, quo argumento? nempe, quia exheredatus legitimam habens portionem, per eam eſt excluſus a querela per quam ad legitimam hereditatem eſſet venturus. atque ut non poteſt legitimam hereditatem ab inteſtato ex lege vindicare per querelam: ita apparet, non poſſe ei, deficiente exheredato fratre, competere jus adcreſcendi: numquam obtinens, niſi inter plures, ad hereditatem ſive legitimam, ſive teſtamentariam, pariter vocatos.

Reſtat, ut de effectu querelæ diſputemus. is ad duo recidit: primum eſt, ut teſtamentum, tamquam ab inſano factum, reſcindatur: alterum, ut defuncti hereditas ex lege ab inteſtato obtineatur. id, ne ad partes vocem alios jam adductos, indicat Ulpianus *l.* 8. §. 16. *h. t.* *Si*, inquiens, *ex cauſa de inofficioſo cognoverit Judex & pronunciaverit contra teſtamentum, nec fuerit provocatum: ipſo jure reſciſſum eſt, & ſuus heres erit, ſecundum quem judicatum eſt, & bonorum poſſeſſor, ſi hoc* ſcilicet (ſic lego, pro *ſe*) *contendit*. Non tamen ſemper in totum reſcinditur teſtamentum. aliquando evertitur pro parte tantum. Ut res exemplo liqueat, unus ab inteſtato heres querela agens totam petit hereditatem; & in totum reſcindit teſtamentum: ſoluſque ſit ab inteſtato heres; ſicut heres ſolus fuiſſet, nullo facto teſtamento. quod ſi plures fuerint ab inteſtato heredes; & unus exheredatus de inofficioſo queratur: is ſicut ex parte petit hereditatem; ita teſtamentum pro parte reſcindit, eoque patremfamilias pro parte inteſtatum, pro parte teſtatum efficit *l.* 19. *l.* 15. §. *ult. h. t.* Poteſt etiam evenire circa inofficioſi querelam: ut in una atque eadem cauſa diverſæ proferantur ſententiæ. quid enim, ſi fratre agente, heredes ſcripti diverſi juris fuerint? (exempla ſupra dedi) ait Ulpianus, hoc ſi fuerit: videri patremfamilias pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum deceſſiſſe *l.* 24. *h. t.* Neſcio an ab eodem fonte ſit, quod Ulpianus *l.* 6. §. 1. *h. t.* ſcribit, Si quis ex his perſonis quæ ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, de inofficioſo egerit, (nemo enim eum repellit) & caſu obtinuerit: non ei prodeſſe victoriam, ſed his qui habent ab inteſtato ſucceſſionem. ſed de hoc alibi ſupra. Contra, ſi duo ſint filii exheredati, & ambo de inofficioſo teſtamento egerint, & unus poſtea conſtituerit, non agere: ait Paulus, ejus partem alteri accreſcere *l.* 23. §. 2. *h. t.* quaſi (quod idem Paulus obſervat *l.* 17. *eod.*) Centumviri hunc ſolum filium in rebus humanis eſſe nunc, cum facerent inteſtatum, crediderint.

Summa eſt; quod, reſciſſo per querelam teſtamento, cauſa teſtati ad cauſam inteſtati deducitur, aliquando in totum, aliquando pro parte. ſic vero fit: ut qui heres ante fuit, deſinat eſſe heres *l.* 31. *D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* vereque ſcribat Paulus *l.* 21. §. 2. *h. t.* evicta hereditate per inofficioſi querelam, oportere ab herede inſtituto perinde obſervari omnia, ac ſi hereditas ab eo adita non fuiſſet: & conſequenter illi, quaſi nulla facta fuerit debiti & crediti confuſio, competere adverſus eum qui ſuperavit, integram debiti petitionem, nec minus debiti compenſationem.

Verſa vice, placet Papiniano *l.* 15. §. 2. *h. t.* quod filius qui inofficioſi actione adverſus duos heredes verbi gratia, expertus, diverſas ſententias Judicum tulit, & unum vicit, ab altero ſuperatus eſt: & debitores convenire pro parte poteſt, & corpora vindicare, & hereditatem dividere. qua ratione? ait, ei competere familiæ erciſcundæ judicium: quia credimus, eum legitimum heredem pro parte eſſe factum: & ideo pars hereditatis in teſtamento remanſit. nec abſurdum videtur, pro parte inteſtatum videri.

Sed apparet, per querelam, in qua obtineat exheredatus, cauſam teſtati ad cauſam inteſtati deduci, quatenus ad heredis inſtitutionem pertinet. Nec ad hoc ſtetit vis ſententiæ: etiam evertit cætera in teſtamento relicta. Itane? ubi heredis inſtitutio eſt caput & fundamentum totius teſtamenti: an ea ſublata, poteſt valere quidquam in teſtamento relictum? non poteſt. adeo & libertates ipſo jure non valent, nec legata debentur, ſed ſoluta repetuntur aut ab eo qui ſolvit, aut ab eo qui obtinuit. & hæc utili actione repetuntur. fere autem, ſi ante controverſiam motam ſoluta ſunt, qui obtinuit, repetit: & ita D. Hadrianus & D. Pius reſcripſerunt *l.* 8. §. 16. *h. t.* De fideicommiſſis quid dicemus? dubitavit Scævola. Sed eum Paulus notat: probat certe nec fideicommiſſa ab inteſtato deberi,

beri, quaſi a demente data *l.* 13. *b. t.* Quæ dixi vera ſunt, ſi de inofficioſo ſit a Judice pronunciatum, præſente adverſa parte. Quam ob rem? Paulus *l.* 17. §. 1. *b. t.* ait, Cum contra teſtamentum, ut inofficioſum judicatur, teſtamenti factionem habuiſſe defunctum non credi. An idem probandum eſt, ſi herede non reſpondente, ſecundum præſentem judicatum ſit? Non putat Paulus: hac ratione: quod hoc caſu non creditur jus ex ſententia Judicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur. Quid, ſi tranſactum ſit, aliquo dato, aut retento, aut promiſſo? Ulpianus *l.* 29. §. 2. *b. t.* ſic ſcribit: *Quamvis inſtituta inofficioſi accuſatione, res tranſactione deciſa ſit, tamen teſtamentum in ſuo jure manet: & ideo datæ in eo libertates, atque legata, uſque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem.* Quod eo lubentius annotavi: quia ſic refellitur Reſponſum Scævolæ *l.* 14. *D. de tranſact.* quo de egi *lib.* 2. *Probabil. c.* 2. *& lib. ſing. Ad Edictum De pact. & tranſact. c.* 22. Sed claret, heredis inſtitutionem, & legata, & libertates, & fideicommiſſa, & cætera omnia corruere, reſciſſo a Judice teſtamento quaſi inofficioſo. ideoque probo quod ab Ulpiano *d. l.* 29. *pr.* dicitur, *Si ſuſpecta colluſio ſit legatariis inter ſcriptos heredes & eum qui de inofficioſo teſtamento agit: adeſſe etiam legatarios & voluntatem defuncti tueri, conſtitutum eſſe: eiſdemque permiſſum eſſe etiam appellare, ſi contra teſtamentum pronunciatum fuerit.* Interim benigne receptum eſt quod a Paulo *l.* 28. *b. t.* ſcriptum hunc in modum: *Cum mater militem filium falſe audiſſet deceſſiſſe, & teſtamento heredes alios inſtituiſſet: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates & legata præſtentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur: nam cum inofficioſum arguitur, nihil ex eo teſtamente valet.* Prima facie facilis videtur locus: ſed indiget explanatione. Species. Mater præterito filio quem putabat deceſſiſſe, decepta falſo rumore, heredem alium inſtituit. Hoc teſtamentum valet tam prætorio, quam civili, jure: quia mater filium numquam habet in poteſtate. ita neque ipſo jure nullum eſt teſtamentum; neque reſcinditur per bonorum poſſeiſionem contra tabulas. non magis poteſt filius queri de inofficioſo: quia mater noluit eum exheredare, ſed per errorem præteriit quem heredem inſtituiſſet, ſi non erraſſet. Non igitur poteſt mater a filio quaſi inſaniæ accuſari, cum querelæ color ſit inſania parentis. At nec poteſt hic filius hereditatem petere ab inteſtato, quamvis id voluiſſe videatur mater: certo, quod ubi heres eſt ex teſtamento, aut futurus ſperatur, ab inteſtato heres non admittitur. Indicavi difficultatem Interpretibus moleſtam a multis ſeculis. Solutionem quæris. Duplex eſt: una ſubvenit filio per querelam inofficioſi: & fundamentum ei, quod in propoſito matris præteritio non quidem fuit a mala mente, ſed nihilominus re facta eſt. nec intereſt filii, utrum mater eum per errorem prætererit, an odio. Huc ivit Ulpianus *l.* 27. §. *ult. b. t.* verba Ulpiani. *De teſtamento matris quæ exiſtimans periiſſe filium, alium heredem inſtituit, ut inofficioſo queri poteſt filius.* Sic habet vulgata editio. Florentiæ eſt: *de inofficioſo queri poteſt.* Et tum *queri* paſſive accipiendum eſt, ut ſæpe deponentia verba apud noſtros. Antonius Faber, *Rationalib.* emendat, *queri non poteſt.* Sed non probo emendationem, quamquam eam multis urget Faber. Ulpiani ſententia eſt, audiendum eſſe filium, ſi velit matris teſtamentum infringere querela inofficioſi. ac putem, ſi hac agat & obtineat filius: non inſtitutionem tantum infirmari, ſed libertates quoque, & legata, & cætera in teſtamento relicta: convenienter naturæ querelæ inofficioſi; & hoc indicari in fine *l.* 28. *b. t.* Altera ſolutio eſt Pauli in *d. l.* 28. is cenſet, filium etiam poſſe matris hereditatem petere quaſi ex tacita ejus voluntate. eſtque id conſequens his ejus verbis: *D. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut legata & libertates præſtentur.* Senſus, D. Hadrianum (ex appellatione aut ſupplicatione forte) decreviſſe, hereditatem ad filium perinde pertinere, quaſi tacite a matre inſtitutus eſſet: ita tamen, ut legata & libertates ab eo præſtentur. At enim hereditas nuda voluntate neque datur, neque adimitur. utrumque fit teſtamento, & hoc tantum. abſit igitur, ut filius præteritus poſſit matris hereditatem tamquam ex tacita ejus voluntate petere. Veriſſime, ſi res, ut oportet apud Prætorem, ſimilemve Magiſtratum, legibus alligatum æſtimetur regulis juris. ſed in propoſito ait Paulus, D. Hadrianum qui erat legibus ſolutus, ita, ut poterat, decreviſſe, ſuadente æquitate, quod in ſimili etiam obſervaſſe Severum & Antoninum, idem refert Paulus *l. ult. D. de heredib. inſtit.* quam legem velim cum præſente loco conferri. Sed redeo ad *d. l.* 28. *b. t.* in qua reſtat ſequens verſus: *Hic illud adnotatum eſt, quod de libertatibus & legatis adjicitur. nam cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.* Accurſius dubitari ait, quid ſignificet, *Hic illud adnotatum eſt:* quibuſdam enim videri reprehenſionem: aliis obſervationem. nec poteſt negari, utroque uſurpari modo. nam Cornelius Fronto, vetus Grammaticus, *p.* 1333. *lin.* 20. *Notat*, inquit, *vel locum quis, vel perſonam, vel noxiam. Annotat qui notæ quid adjicit.* Fit igitur adnotatio & laudis & reprehenſionis cauſa. Obſervat A. Gellius *lib.* 17. *Noct. Attic. c.* 2. Verba Gellii. *Quæ in eo libro ſcripta eſſent in utraſque exiſtimationes laudis aut culpæ adnotamentis digna.* Quidquid eſt: Plinius, *lib.* 2. *Epiſt.* 11. *Adnotatumque*, inquit, *experimentis.* Nec ille tantum, ſed noſtri quoque *l.* 7. §. 17. *D. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* & *l.* 12. §. 2. *D. Qui & a*

quib.

quib. manumiſ. Quid igitur eſt? Paulus *adnotatum* pro *obſervatum* dixit; ſignificans, a ſapientibus eſſe obſervatum tamquam novum atque extraordinarium, quod a D. Hadriano eſt decretum, libertates & legata ſervari quaſi ex tacita matris voluntate: cum ſi a filio eſſet actum querela inofficioſi, (ut in *d. l. 27. §. ult.*) nihil ex eo teſtamento valeret.

Hoc fere jus fuit uſque ad *Novell. 115. c. 3.* inde placuit Juſtiniano, teſtamentum per querelam quidem reſcindi: at non in totum, ut ante; ſed quatenus ad heredis inſtitutionem attinet: cætera firma manere. ita in *d. c. 3.* unde deſcripta eſt *Authent. Ex cauſa C. de liber. præterit.* male poſita ſub illo Titulo: cum deberet poni ſub Titulo, *De inoffic. teſtam.* ut dixi ſupra.

Sic: ſi in querela obtineat actor. quid, ſi aliter eveniat? Ait Ulpianus *l. 8. §. 14. h. t.* eum qui teſtamentum improbe dixit inofficioſum, & non obtinuit, perdere id quod in teſtamento accepit, & hoc fiſco vindicari, quaſi indigno ablatum. ait tamen, ſic non ſemper obſervari; ſed tum demum, ſi uſque ad ſententiam Judicum, id eſt Centumvirorum, in lite improba perſeveraverit. nempe, quia ſic apparet ejus contumacia. quod ſi ante ſententiam deſtitit, vel deceſſit: putat Ulpianus, ei quod datum ſit, non auferri: alterum, quia reſipuit: alterum, quia potuiſſet, ſi vixiſſet, pœnitere. certe humanitatis eſt, ſic exiſtimare. Proinde & ſi abſente eo ſecundum præſentem pronuntietur: ait Ulpianus, poſſe dici, conſervandum ei quod accepit: quaſi victo magis propter abſentiam, quam quod malam cauſam habuit: ut eſt in *l. 55. D. de evict.* Amplius ait, eo ſolo cujus emolumentum ad eum pertinet, carere quem debere. cæterum, ſi rogatus fuit id reſtituere; non debere injuriam fieri: oportere enim unicuique factum ſuum nocere, non etiam alteri *l. 155. D. de regul. jur.* Addit his Ulpianus, inde non male referri a Papiniano, heredem, ſi fuit inſtitutus, & rogatus reſtituere hereditatem, deinde in querela inofficioſi non obtinuit, ſolum perdere id quod jure Falcidiæ, id eſt quartæ Pegaſianæ, potuit habere. Ne hoc quidem ſilebo, Ulpianum *d. l. 8. §. 15.* putare, quod hæc pœna tantum in his obtinet quæ teſtamento relicta ſunt a teſtatore: nimirum, quod is defuncti judicium accuſavit furoris, merito privatur liberalitate, quam ejus judicio accepit. cæterum, ſi a lege habeat aliquid, contra eſt: quia non eſt indignus eo quod a lege tamquam æs alienum habet ſine judicio teſtatoris. licet habeatur indignus eo quod non foret habiturus, abſque teſtatoris voluntate fuiſſet. Marcianus quoque putat *l. 30. §. 1. h. t.* multum referre, utrum quis proprio nomine agat, an alieno. exemplum eſſe in tutoribus: quos pupilli nomine ſine periculo ejus quod datum ſit, de inofficioſo vel falſo teſtamnto poſſe agere, Divos Severum & Antoninum reſcripſiſſe. idque optima ratione defendi, Tryphoninus obſervat *l. 22. D. de his quæ ut indign.* ſcilicet, quod officii neceſſitas & tutoris fides excuſata eſſe debet. utique nemo Judicum calumnia notabit tutorem, qui non ſuis ſimultatibus accuſationem ſub nomine pupilli inſtituit, ſed cogente forte matre pupilli vel libertis patris inſtantibus. Igitur cauſatur, quod diſcreta ſunt jura, quamvis plura in eamdem perſonam devenerunt, aliud tutoris, aliud legatarii: & cum non ſuæ perſonæ jure, ſed pupilli accuſaverit, propriam pœnam mereri non debet. denique pupillo relicta in eo teſtamento, niſi a Principe conſervata ſint, pereunt: adeo ille eſt accuſatoris defenſor & quaſi patronus.

Quæ de effectu querelæ inofficioſi teſtamenti dixi hactenus, vera & manifeſta ſunt, ſi ab omnibus aut pluribus Judicibus judicatum ſit, inofficioſum eſſe teſtamentum, aut non eſſe. Sed quid ſi pars judicantium contra teſtamentum, pars ſecundum id judicaverit? Marcellus *l. 10. D. h. t.* ſic ſcribit: *Si pars judicantium de inofficioſo teſtamento contra teſtamentum, pars ſecundum id ſententiam dederit, quod interdum fieri ſolet: humanius erit ſequi ejus partis ſententiam, quæ ſecundum teſtamentum ſpectavit, niſi [ſi] aperte Judices inique ſecundum ſcriptum heredem pronunciaſſe apparebit.* Locus admodum notabilis & difficilis. ſed eum more ſuo, id eſt, præclare, illuſtravit V. CL. Jacobus Cujacius *lib. 10. Obſerv. c. 20.* nec me abſterrent quæ in *Rationalibus* contra diſſeruit Antonius Faber: ſicut nec video, cur loci hujus partem magis Triboniano, quam Marcello imputet.

Reliquum eſt, quando ceſſet querela. id vero contingit variis ex cauſis. una eſt: ſi quis alio modo poſſit ad defuncti bona venire. Nimirum, quia querela eſt plena odii; utpote teſtatorem inſaniæ arguens: non placet, eam adhiberi, niſi pro ultimo adjutorio: quo nomine etiam inſignitur *l. ult. C. de liber. præterit.* Sed hoc clare Juſtinianus *§. 2. Inſt. h. t.* & eſt exemplum in liberis a patre præteritis: qui poſſunt teſtamentum initio nullum dicere; aut ſcriptis heredibus vetere jure accreſcunt, aut poſſunt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. omnibus his alia, quam per querelam, patet via ad defuncti bona; & ideo ad hanc non admittuntur *d. l. ult. l. 23. h. t.* & *l. 8. D. de bonor. poſſeſ. contr. tab.* Cæterum non obſtat hoc, quo minus exheredatus poſſit, præter inofficioſum, etiam nullum, ruptum, aut irritum, dicere teſtamentum *l. 14. & 16. C. h. t. l. 3. C. de hered. petit.* Et eſt notandum, quod Ulpianus *l. 8. §. 12. D. h. t.* monet, *Si quis irritum dicat teſtamentum, vel ruptum, & inofficioſum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet.* Contraria ſunt, teſtamentum valere, & non valere. non igitur poteſt hæc ſimul dicere. unum prius dicere, alterum poſt,

po-

poteſt. Utrum autem malit, ejus electio eſt, non adverſarii, nec magis Prætoris. Optime Cicero, *Pro Cæcina. Si Prætor is qui judicia dat, numquam actori præſtituit, qua eum actione uti velit, videte, quam iniquum ſit, conſtituta jam re, Judicem, quid agi potuerit, non quid actum ſit, quærere.*

Altera cauſa eſt: ſi exheredatus querelam palam ſeu directo repudiaverit; dicens, ſe nolle ad eam venire *l.* 17. *h. t.* Idem, ſi ab ea deſiſtat *l.* 8. §. 1. *l.* 15 §. 1. *eod.* niſi forte ſit ab herede ſcripto deceptus ejus mendacio, ut in *l.* 21. *h. t.* aut niſi interpoſito pacto, Ne agatur, heres ſcriptus non ſervat fidem pacti *l.* 27. *h. t.* ſcilicet, quia querela per pactum non tollitur ipſo jure §. 3. *Inſt. de except.* Poteſt deinde querela agi, tamquam re integra; & ſi opponatur exceptio pacti: poteſt replicari de dolo malo. Nec obſtat *l.* 6. *C. de tranſact.* quam expoſui *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 14. *p.* 526. Sic: ſi querela directo repudietur. Idem, ſi fiat per conſequentiam: exheredato defuncti voluntatem palam approbante. fac: in patris teſtamento, poſt ejus mortem adſcripſi, conſentire me. repellendus ſum ab accuſatione *l.* 31. §. *ult. h. t.* perinde quaſi ei renunciaverim. quod ſi vivo patre cum eo pactus ſim; placuit Papiniano, Meritis magis filios ad paterna obſequia provocandos, quam pactionibus adſtringendos. & optime probat Juſtinianus *l.* 35. §. 1. *C. h. t.* at voluntas teſtatoris non tantum palam adgnoſcitur; ſed etiam tacite: ut ſi is qui querelam movere poteſt, acceperit ipſi relictum a teſtatore *l.* 8. §. 10. *h. t.* Adeo ait Marcellus *l.* 10. §. 1. *eod. Notiſſimum eſſe, eum qui legatum perceperit, non recte de inofficioſo teſtamento dicturum.* Excipit, *Niſi id totum alii adminiſtravit.* Meo judicio minus accurate, quam res ſinat. Sit tamen exemplum in tutore qui pupilli nomine petit ei relictum *l.* 30. §. 1. *D. &* §. 4. *Inſt. h. t.* Hoc exemplo utuntur Græci, *Baſilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *p.* 246. & recte: nam cum tutelæ adminiſtratio ſit munus publicum, facile excuſat tutorem legatum pupillo petentem: quia totum alii adminiſtrat, & quidem neceſſitate muneris publici: ipſe conveniendus actione tutelæ, niſi egiſſet pupilli nomine. at hæc Marcelli exceptio, *Niſi id totum alii adminiſtravit*, intra hoc exemplum non ſubſiſtit. Plus continet: nam & procurator & advocatus, a patre exheredati, ſi ex ejus teſtamento petant legatum alii relictum: id totum alii adminiſtrant. Paulus tamen *l. ult. h. t.* procuratorem aut advocatum, cum uterque alii volens petat legatum, ab agnitione paterni teſtamenti non excuſat hoc prætextu, quaſi totum alii adminiſtret: etſi ſciam, advocato parci, qui in rei vindicatione alii adfuerit, ignorans ſe dominum eſſe *l.* 54. *D. de rei vindicat.* Sed nimis claret, eum qui ad teſtamenti tutelam volens acceſſit in judicium, defuncti judicium approbaſſe: ideoque, Marcelli exceptionem prudenter accipiendam eſſe in *d. l.* 10. §. 1. Illud non improbo, quod Paulus *l.* 23. §. 1. *h. t.* ait, ſi qui exheredati ab inſtitutis heredibus, ſcientes eos heredes eſſe, hereditatem vel res ſingulas emerunt, vel prædia conduxerunt, aliudve quid ſimile fecerunt, vel ſolverunt heredi, quod teſtatori debebant: videri eos judicium defuncti adgnoſcere, & a querela excludi.

Tertia cauſa repellendæ querelæ eſt; ſi pater filio reliquerit portionem legitimam, id eſt, quartam portionis ex lege ab inteſtato debitæ *l.* 8. §. 6. *&* 8. *h. t.* objecta agenti de inofficioſo exceptione, Niſi jam habeat quartam debitæ portionis. Nec intererat olim, quomodo acceperit eam quartam filius: utrum jure hereditario, an jure legati, vel fideicommiſſi, vel donationis mortis cauſa, vel etiam inter vivos §. *ult. Inſt. h. t.* hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur *l.* 25. *d. t.* Hoc olim fuit, ſed mutavit Juſtinianus *Novell.* 115. *c.* 3. vetans, hanc portionem filio aliter relinqui, quam titulo inſtitutionis: non quod hic titulus ſit honor (quamquam eſt honor: nam & legatum & fideicommiſſum, & donatio mortis cauſa honori dantur) ſed ne videatur filius aut exheredatione aut præteritione temere notari ob violatam pietatis religionem: nam tali nota exheredatio cenſetur *l.* 18. *C. h. t. l.* 20. *D. de honor. poſſeſſ. contr. tab.* eamque non expungit honor legati aut fideicommiſſi, aut ſimilis. Voluit igitur Imperator, filium exheredari certa & probata ex cauſa: alioquin in legitimam inſtitui.

Cæterum quando inducta ſit hæc quarta, non poſſum ad liquidum adducere. probabile eſt, eſſe poſteriorem quarta Falcidia, temporibus Auguſti inventa a P. Falcidio, Tribuno plebis, auctore Dione *lib.* 48. Neque erraverit, quiſquis conjiciat, quartam legitimam ejus exemplo eſſe moribus inductam a Juriſconſultis: qui animadvertentes, lege Falcidia liberum eſſe teſtatori, legare dodrantem hereditatis, ſi heres ex aſſe ſcriptus ſalvam habeat ejus quartam: ſibi aliiſque perſuaſere, etiam filio ſufficere a patre accipienti quantum haberet, ab eo heres inſtitutus & legatis exhauſtus. Hoc fere Plinius *lib.* 5. *Epiſt.* 1. ſic ſcribens: *Si mater, inquam, te ex parte quarta ſcripſiſſet heredem, num queri poſſes? quid ſi heredem quidem ſcripſiſſet ex aſſe, ſed legatis ita exhauſiſſet, ut non amplius apud te, quam quarta remaneret?* Utique non alia videtur cauſa: quod hæc portio in *l.* 31. *C. h. t. l.* 5. §. 3. *C. Ad Leg. Jul. majeſt.* quarta Falcidia appellatur, quam quod eſt ad exemplum quartæ Falcidiæ introducta: ſicut & quarta Pegaſiana, quia formata eſt ad exemplum quartæ Falcidiæ, Falcidia vocatur *l.* 8. §. 11. *h. t.* & alibi ſæpe.

Ut ut erit: ceſſat inofficioſi querela, ſi pa-

ter filio exheredato reliquit quartam portionis, quæ ejus fuiſſet; ſi inteſtatus deceſſiſſet pater *d. l.* 8. §. 6. id vero ſic intelligendum; ut ſive unus ſit, ſive plures quibus permittitur agere de inofficioſo, una ſufficiat quarta pro rata inter eos diſtribuenda. §. *ult. Inſt. h. t.* quare ut intelligatur uniuſcujuſque in ea portio, numerari debent perſonæ quibus hereditas ex lege ab inteſtato debetur. ac ſi unus ſit filius, & de quarta quæratur; erit quarta aſſis: ſi duo; quarta ſemiſſis: ſi tres; quarta trientis. proinde (qui eſt caſus *d. l.* 8. §. 8.) ſi avus ex duobus filiis ante defunctis, habeat nepotes, ex uno unicum, ex altero tres; omneſque exheredavit, relicto ſingulis legato; & his de inofficioſo avi teſtamento querentibus, eis tantum eſſe legatum dicatur, quantum ſufficit ad legitimam portionem; & quæratur, quantum ex legatis habere debeant ſinguli, ut eis ſalva ſit portio legitima: ait Ulpianus, unicum ex priore filio habiturum ſeſcunciam: ſingulos ex altero filio habituros ſemunciam: quia huc redit quarta portionis eis ab inteſtato debitæ: futura eorum ſucceſſione non in capita, ſed in ſtirpes. Atque hoc Ulpiano tum placet: ſi ea portio ad exheredatum ſimpliciter ventura ſit ab inteſtato. At pone: filii duo ſunt exheredati, unus relicta ei quarta: alter ſimpliciter. hic non queritur. eſt dubitatio propter jus accreſcendi. quid dicimus? Ulpianus ſic extricat *d. l.* 8. §. 8. *Quoniam quarta debitæ portionis ſufficit ad excludendam querelam, videndum, an exheredatus partem facit qui non queritur: ut puta, ſumus duo filii exheredati? & utique faciet, ut Papinianus reſpondet. & ſi dicam inofficioſum, non totam hereditatem debeo, ſed partem petere.* Senſus Ulpiani: Si alter filius de inofficioſo queritur, alter non queritur, (excluſus tempore, vel repudians querelam) & ambigitur, quanta debeat eſſe querentis quarta; utrum aſſis, an ſemiſſis: magis placet, eſſe quartam ſemiſſis. Qua ratione? hæc eſt; quod in computatione hujus quartæ non habetur ratio ſemiſſis ejus qui querelam repudiavit, forte quia inter fratres in propoſito jus accreſcendi ceſſat: eo quod alter videtur ſuam partem obtinere. Huic rei indicio eſſe, Ulpianus ait: quod alter, ſi dicat inofficioſum, non debet totam hereditatem petere, ſed dimidiam. Ita fit, ut quarta non ſit quarta aſſis, fratris qui queritur, futuri, ſi frater ei non faceret partem, obtinente jure accreſcendi: ſed quarta ſemiſſis qui ſolus ejus foret, ſi una cum fratre ex lege eſſet ab inteſtato heres. Sic cenſeo: atque eo verius, quia alteri partem facere dicitur frater qui perinde accipitur, ac ſi partem ſuam ita haberet, ut ex ea nihil jure ad alium pervenire poſſit *l.* 7. *D. de reb. dub. l.* 1. §. *ult. D. de collat. bonor.* Quod ſi eſt; certa res eſt: nam ſi exheredatus qui non queritur, fratri uſque adeo facit partem: ut hic propterea non habeat jus ad ejus portionem: quomodo poteſt ei pars repudiatæ portionis, & conſequenter alia deberi quarta, quam ſemiſſis qui ex lege ejus fuiſſet; ſi pater in propoſito inteſtatus eſſet mortuus? Habes meam ſententiam: ſed verecunde accipiendam. nam (ut ſupra jam monui) is qui non queritur, fratri non ſemper facit partem: ſed tum demum, cum eſt quæſtio de computatione quartæ alteri legatæ: ut in *d. l.* 8. §. 8. aliud vero eſt, cum agitur de querela quæ ab initio pari jure poteſt moveri a duobus exheredatis, neutri relicta quarta legitima. Nec eſt obſcura differentiæ ratio: quia tum uterque ab initio eſt vocatus ad legitimam hereditatem ad quam uterque poterat venire per querelam. Igitur alter, ſi quidem repudiet querelam, fere agit, ut repudiet legitimam hereditatem ad quam, ut dixi, per querelam habebat aditum. alter contra, ſi agat querela, id curat; ut hereditatem legitimam retineat. conſequenter igitur is qui ad querelam non accedit, eam repudians, non facit ei qui queritur partem, eoque non impedit ei jus accreſcendi, reſciſſo teſtamento in totum *l.* 16. & 17. *h. t.* Ita eſt: hereditatis petitio quæ querela continetur, datur omnibus qui poſſunt hereditatem ſuam dicere ſine diſcrimine, utrum eam habeant jure propriæ ſucceſſionis, an jure accreſcendi *l.* 1. 2. 3. *D. de hered. petit.* at quarta legitima exheredato non dat querelam, id eſt, hereditatis petitionem: quin eum a querela, id eſt, hereditatis petitione, removet. Interim locum habet jus accreſcendi tantum inter coheredes tam ex lege ab inteſtato, quam ex teſtamento: id eſt, inter eos qui altero modo ab initio habent hereditatis petitionem. Non igitur poteſt exheredato, fratre non querente, competere jus accreſcendi; cum ei relicta ſit portio legitima per quam removetur a querela, id eſt, a via per quam eum oportebat legitimam hereditatem petere; manifeſto, hoc numquam obtinere, niſi inter eos qui ad hereditatem ſive legitimam, ſive teſtamentariam, ab initio pariter vocantur; quod in propoſito non eſſe, & hic & paulo ante eſt evidenter demonſtratum. Hoc mihi nunc, olim aliud placuit. ſed dies diem docet.

Putemus igitur, (nam eo redeo) ſecure teſtari patrem: qui filio in teſtamento reliquerit quartam partem ejus quod ad eum ab inteſtato eſſet perventurum: ſic enim definit Ulpianus *l.* 8. §. 6. *h. t.* Hoc autem, *Perventurum*, ita accipimus, ut videatur pervenire demum quod ſit permanſurum *l.* 71. *D. de verb. ſignif.* id eſt, cum effectu, non prima ratione *l.* 2. §. 2. *D. de hered. vend.* proinde æſtimaturus quartam legitimam, exemplo ejus qui taxabit quartam Falcidiam, (qua de Gajus *l.* 73. *D. Ad leg. Falcid.*) debet conſiderare quantitatem bonorum, quæ defuncti fuere tempore mortis: ut eſt in *l.* 6. *C. h. t.* & obſervat Vetus Interpres ad *l.* 4. *Cod. Theod. d. t.*

Ipſa

Ipſa porro hæc bona a beando dicta, id eſt, ab eo quod proſunt *l.* 49. *D. de verb. ſignif.* non intelliguntur, niſi deducto ære alieno *l.* 39. §. 1. *eod. tit.* Ad hunc modum Ulpianus *l.* 8. §. 9. *h. t.* verba hæc ſunt: *Quarta autem accipietur, ſcilicet deducto ære alieno & funeris impenſa. Sed an & libertates quartam minuant, videtur [eſt: & nunquid minuant]? nam ſi cum quis ex aſſe heres inſtitutus eſt, ideo non poteſt dicere inofficioſum, quia habet Falcidiam; Falcidia autem libertates non minuit: poteſt dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet, quartam minui per libertates, eveniet, ut qui ſervos tantum habet in patrimonio ſuo, dando eis libertatem, inofficioſi querelam excludat: niſi forte hic filius, ſi non fuit in poteſtate, a patre heres inſtitutus, merito omittit hereditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens, querelam inofficioſi inſtituet; vel ab inteſtato, citra Edicti pœnam habeat hereditatem.* Senſus Ulpiani: quod ut, ineatur quartæ ratio, ante debet de bonis defuncti deduci onus æris alieni, & impenſa funeris, & quod ſupereſt, id demum debet in defuncti bonis ex quibus quarta exheredato competit, reputari. Hoc clarum: quod ſequitur, minus liquet. *Sed an & libertates quartam minuant videndum [eſt: & nunquid minuant.]* Sic editur Florentiæ. apud Haloandrum deſunt verba, *eſt: & nunquid minuant.* Multo melius. Ulpiani ſenſus eo redit quo hoc Pauli *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 6. *Quarta portio liberis, deducto ære alieno & funeris impenſa præſtanda eſt, ut ab inofficioſi querela excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.* Neuter vult, quod libertates per quartam minuuntur, ſed quod quarta minuitur per libertates, ſicut quarta minuitur per æs alienum: exemplo quartæ Falcidiæ: de qua ita idem Paulus *l.* 39. *D. Ad leg. Falcid.* Sequens Ulpiani verſus, *Nam ſi &c.* eſt impeditiſſimus. Sed ut mihi videtur & Græcis, *Scholio ad hunc locum*, ita accipiendus: Nam ſi filius qui heres ex aſſe inſtitutus, ſalvam habet quartam Falcidiam ex eo quod deductis libertatibus ſupereſt, non poteſt queri de inofficioſo: ergo nec exheredatus poteſt queri de inofficioſo, ſi ex eo quod deductis libertatibus ſupereſt, ei ſalva eſt quarta legitima. Quid ſi deductis libertatibus, nihil ſupereſt? jam ceſſabit querela: quemadmodum, ſi deductis libertatibus nihil ſupereſt, ceſſat Falcidia. Hoc ſi extraneus heres ſcriptus adit hereditatem. Cæterum hic non facile erit ſic aditurus hereditatem ex qua nihil habet ſperare. quin potius eam repudiabit. quod ſi fit: habebit eam exheredatus ab inteſtato ex lege: teſtamento ſine querela ſublato. Hoc exemplo etiam emancipatus filius, heres a patre inſtitutus, poterit hereditatem teſtamentariam repudiare, eamque ab inteſtato adire. finge; aliquis tantum ſervos in patrimonio habens, filium emancipatum inſtituit heredem, alio ei in caſum primum ſubſtituto. is mox omnibus ſervis dedit libertatem. quia ex libertatibus non deducitur Falcidia, filius cui nihil ſupereſt, erit quidem heres, ſed ſine re: eoque, ſi ſapit, repudiabit hereditatem: (ut poteſt jure civili, quia eſt emancipatus, eoque voluntarius heres) ſic hereditas veniet ad ſubſtitutum: eritque illi eam adeunti non inutilis: quia libertas ſervis in inſtitutione data, non utique ponitur in ſubſtitutione eſſe repetita *l.* 25. *D. de manumiſſ. teſtam.* quamvis poteſt in dubio repetita videri ex Reſcripto Severi & Antonini *l.* 74. *D. de legat. lib.* 1. Ut ut erit, filius repudiata hereditate, adverſus ſubſtitutum qui hereditatem adierit, aget querela inofficioſi teſtamenti. Qua ratione? quia non habet quartam, & inſtitutio primo gradu ei nullum adfert commodum. Ita Ulpianus *d.* §. 9. Quid, ſi hic filius non habeat vulgariter ſubſtitutum? Eſt ei vel hoc caſu conſultum, repudiare hereditatem ex teſtamento, ejus ſine re futuram, & adgnoſcere bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. nam libertates, non adita hereditate, vel ſic corruunt *l.* 23. *D. de manum. teſtam.* atqui, inquies, erit locus Edicto, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti*: quo Edicto libertates, & cætera in teſtamento relicta, conſervantur; ſi heres inſtitutus, omiſſa cauſa teſtamenti, malit adgnoſcere hereditatem ab inteſtato. Sed hoc negat Ulpianus: videlicet, quia heres ſcriptus in propoſito non principaliter agit, ut manumiſſos libertate fraudet; ſed ut a ſe amoveat fraudem teſtatoris qui eum heredem inſtituit non tam re, quam nomine. ipſe certe *l.* 6. §. 3. *D. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam.* ait, quod Prætor ex eo Edicto non ſimpliciter dat actionem: ſed cauſa cognita: ideoque ſi quæ intervenerit juſta cauſa omittendi, utique non daturum actionem legatorum. Hactenus de emancipato filio Ulpianus *d.* §. 9. *l.* 8. Quid de ſuo herede? de hoc nil ex profeſſo Ulpianus. Sed, quod mihi videtur, innuit non poſſe ei inſtituto hoc ſuccurri modo, quo emancipato ſuccurritur. Quamobrem? quia ſuus heres non adit delatam hereditatem, ſed a morte teſtatoris ultro heres exiſtit & invitus & ignorans: ejuſque exiſtentia ſtatim confirmantur libertates, etſi jure Prætorio ſe ab hereditate deinde abſtineat. nihilominus enim manet jure civili heres; ut ut liberatus oneribus hereditariis *l.* 32. *D. de manumiſſ. teſtam.* Viderunt hoc (ut dixi) optime Græci *lib.* 39. *tit.* 1. Scholio *ad d. l.* 8. §. 9. *lit.* 5. *p.* 240. *& ſeq. tom.* 5.

Vereor, ne faſtidium pariat longior interpretatio; ſed non eſt longa quam res deſiderat. utique inveſtigantibus, quando quartam ſalvam habeat exheredatus, an oportet omitti, quænam ei imputentur? Ergo in quartam imputantur, de quibus, ut imputentur, legibus expreſſum eſt *l. pen. C. de collationibus.* talia ex propria defuncti ſubſtantia accipi, Juſtinianus refert *Novell.* 18. *c.* 1. Et in *l.* 8. §. 15. *h. t.*

15. *h. t.* exemplum in quarta D. Pii quæ ab impubere filio arrogato, & ſine juſta cauſa emancipato, exheredatove, Principis providentia, id eſt, ipſo jure, percipitur hunc in finem *l.* 22. §. 1. *D. de adoptionibus.* Idem eſt, ſi quid ex defuncti bonis ejus judicio obtingat *l.* 8. *C. h. t.* ut legata, fideicommiſſa, & quæ hæc imitantur, donationes mortis cauſa, item donationes inter vivos, maxime factæ hac contemplatione, ut in quartam imputentur §. *ult. Inſt. l.* 25. *D.* & *l.* 35. §. 2. *C. h. t.* Imperator *d.* §. *ult.* ait, eſſe & alios modos qui ejus Conſtitutionibus continentur. Qui iſti? mortis cauſa capiones, æque a judicio defuncti proficiſcentes, quam mortis cauſa donationes; imputantur certe in quartam Pegaſianam *l.* 91. *D. Ad legem Falcid.* quid ni in legitimam? ſed res apparet ex *Novell.* 115. *c.* 3. In eodem numero eſt dos, item donatio propter nuptias *l.* 29. *C. h. t.* nec minus lucrum quod occaſione militiæ ex defuncti pecuniis quæſitæ, ad exheredatum præteritumve tempore mortis teſtatoris pervenire potuit *l.* 20. *C. de collationibus:* ideo, quod talis ſit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad heredes ejus perveniat. ea ratio adfertur *l.* 30. §. 2. *C. h. t.* Soli ibi excipiuntur Silentiarii ſacri palatii. Nec opus addi, talis militiæ appellatione venire omnem publicam operam ſtipendiis publice conſtitutis exerceri ſolitam. notum id vulgo; & ex profeſſo traditum a Jacobo Rævardo *lib.* 3. *Conject. c.* 3. & Antonio Auguſtino, *lib. De milit. ex caſu.*

Ceſſat igitur inofficioſi querela, ſi teſtator filio, verbi gratia, reliquit quartam legitimam: modo ſit integra. nam ſi ea minus reliquerit; adhuc fuit querelæ locus: præterquam duobus caſibus. prior erat, ſi filio minore ex parte herede inſtituto, fratres eſſent coheredes. Auctor Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 7. ſic ſcribens. *Filius in judicio patris ſi minus quarta portione conſecutus ſit, ut quarta ſibi a coheredibus fratribus citra inofficioſi querelam impleatur, jure deſiderat.* Alter caſus eſt in *l.* 4. *Cod. Theod. h. t.* Ad utrumque reſpicit Ulpianus *l.* 25. *D. d. t.* *Si non mortis cauſa fuerit donatum, ſed inter vivos; hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: poteſt dici inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habet; aut ſi minus habeat, quod deeſt viri boni arbitratu repleatur; aut certe conferri oportere id, quod donatum eſt.* Indicavi jus vetus: quod ſe mutaſſe, refert Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* & extat Conſtitutio in *l.* 30. & 31. *C. eod.* Utraque huc tendit, ut ſi quantacumque pars hereditatis vel res filio ſit a teſtatore relicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod ei deeſt, uſque ad quartam legitimæ portionis repleatur, licet non fuerit adjectum, eam debere viri boni arbitrio compleri. Valde autem probo, quod *d.* §. 3. ait Imperator, ſeſe hanc Conſtitutionem introduxiſſe ad verecundiam naturæ. Erat enim grave, filium ob modicum aliquod quod deſit quartæ, parentis judicium impietatis accuſare; idemque ſub colore inſaniæ convellere: cum præſertim pater aliquid ei relinquendo, magis errore, quam malo animo, minus legitima portione reliquiſſe videri poſſit. At non hoc fine ſubſtitit Juſtinianus: ſed ſi quidem integra quarta filio a patre ſit relicta; verum adjectum quartæ ſit gravamen vel conditionis, vel dilationis, vel moræ, vel aliud qualecumque: deinde juſſit in *l.* 32. *C. h. t.* ipſam conditionem, vel dilationem, vel aliam diſpoſitionem, aliquam moram, vel quodcumque onus introducentem tolli; & rem ita procedere, quaſi nihil eorum teſtamento adjectum eſſet; debetur igitur quarta liberis pure, & ſine gravamine. Quamquam, ut hoc clarius intelligatur, obſervandum eſt, quod portio legitima, quam quartam indigitamus, non tam a judicio teſtatoris proficiſcitur, quam a providentia legis: ideoque refert, utrum onus veniat ex jure hereditario, an ex voluntate teſtatoris. hoc caſu pro non adſcripto habetur, & quidem ſine diſcrimine, utrum obtineatur, ut pars hereditatis, an ut pars bonorum. illo caſu contra eſt: nam ſi quæ onera ipſi inhæreant jure hereditariæ portionis, ea ſequuntur portionem legitimam, ſi quando obtineatur titulo inſtitutionis; veluti cum filius ex ea, aut parte aliqua eſt inſtitutus: quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; ut, ſi relicta ſit filio exheredato, aut inſtituto ex re certa, alio ei coherede dato ſine parte: ut optime D. Vinnius *lib.* 1. *Select. jur. quæſt. c.* 22. Ne hoc quidem prætereo, quod Imp. Juſtinianus, cum pleraque hæc in *l.* 36. *C. h. t.* confirmaſſet, præterea jubet, repletionem fieri ex ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex jure accreſcendi, ut puta uſuſfructus.

Hæc ille in liberis. nam hos nominatim indigitat *d. l.* 36. *in pr.* quin addit, ſe illis id indulgere, ſuadente humanitate: Verba Juſtiniani. *Humanitatis etenim gratia ſancimus, ea quidem omnia quaſi jure adventitio [eum] lucrari: repletionem autem ex rebus ſubſtantiæ patris fieri.* Aliud igitur hic in liberis placuit jure ſingulari: aliud in parentibus, itemque fratribus & ſororibus, jure communi: quo in quartam imputantur omnia ex judicio teſtatoris obvenientia, ſive jure hereditario, ſive jure legati, ſive aliter *l.* 8. *C. h. t.*

Non igitur vult Juſtinianus, teſtamentum ab exheredato reſcindi per querelam, cum ei minus legitima portione eſt relictum; ſed agi ad ſupplementum ejus quod legitimæ portioni deeſt. utique, ſi is poſt mortem patris non agnoverit ſibi relictum. imo & ſi acceperit, ſorte & ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum eſt accepiſſe. adhuc enim ſinit Juſtinianus, eum petere, legitimam

por-

portionem repleri: niſi ſpecialiter ſive in apocha, ſive in tranſactione; (id eſt, in inſtrumento tranſactionis) ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo quod deeſt, nullam habeat quæſtionem: tunc enim jubet, omni excluſa querela, eum compelli, paternum amplecti judicium.

Sed apparet, oportere filium, ut querela ceſſet, habere legitimam portionem; eamque eſſe quartam portionis ab inteſtato debitæ. Verum hanc auxit Imp. Juſtinianus pro numero liberorum *Novell.* 18. *c.* 1. ita ut ſi ſiot quatuor aut pauciores, iis pro quarta debeatur triens: ſin quinque vel plures ſint, pro quarta iis debeatur ſemis. Sic quidem in Inſcriptione *d. Capitis:* ſed in fine ejus additur: *Hoc obſervando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt.* Puto autem, hac adjectione effici: ut hoc augmentum non modo liberis proſit; ſed parentibus quoque; nec minus fratribus & ſororibus. nam in his omnibus habitam fuiſſe antiquæ quartæ rationem, intelligitur ex fine Præſationis *Novell.* 1. §. 2. Atqui in Inſcriptione ejus Capitis taotum ſit mentio liberorum, nulla parentum, nulla fratrum aut ſororum. Sed mihi ſufficit, ad eos ſpectare ejus finem. & ſimile quid a Juſtiniano obſervatur §. *ult. l.* 35. *C. h. t.*

Quarta cauſa inhibendæ querelæ eſt, ſi ea non ſit actum intra ſpatium quinquennii *l.* 8. §. *ult. h. t.* Olim fuit biennium: quo elapſo uſucapta habebantur omnia. Teſtis Plinius *lib.* 5. *Epiſt.* 1. ſequentibus verbis. *Scis, te non ſubſcripſiſſe mecum, & jam biennium tranſiiſſe, omniaque me uſucepiſſe.* Sed obtinuit jure Pandectarum & deinceps, querelæ quioquennio demum præſcribi *d. l.* 8. §. *ult. l.* 2. *C. In quib. cauſ. in integr. reſtitutio.* De eo dubitatum fuit inter Ulpianum & Modeſtinum, a quo tempore quinquennium incipere oporteret. illi placuit, currere a tempore aditæ hereditatis: huic a tempore mortis. Modeſtini ſententiam ſecutus eſt Vetus Interpres in *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* ſed Juſtinianus *l.* 36. §. 2. *C. d. t.* dedit ſecundum Ulpianum: puto, quod ante aditam hereditatem non eſt querela: non valenti autem agere nulla currit præſcriptio *l.* 1. *C. de annal. except.* ſic jam ante Valerianus & Gallienus *l.* 16. *C. h. t.* Quid ergo, ſi heres ſcriptus trahendo aditionem efficiat; ne exheredatus poſſit querelam intra quinquennium inſtituere? Et huic fruſtrationi ut occurrat *d.* §. 2. *l.* 36. Juſtinianus heredi ſcripto, ſi in eadem ſit provincia, concedit ſex menſes; ſi in alia ſit, annum continuum. intra hoc ſpatium permittit ei, deliberare; utrum malit, hereditatem adire, an repudiare. exacto hoc ſpatio, vult eum compelli per officium Judicis, aut hereditatem repudiare, aut judicium ſubire, perinde quaſi hereditatem adiiſſet. quod ſi in medio tempore deceſſerit filius; ait, eum hujuſmodi querelam, licet non præparatam, ad ſuam poſteritatem tranſmiſſurum: ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris inſertam faciet præparationem. Plane Ulpianus *l.* 8. §. *ult. h. t.* inofficioſum etiam poſt quinquennium dici poſſe, exiſtimat; quamquam non indiſtincte; ſed magna ex cauſa, puta per in integrum reſtitutionem: addit, non eſſe tum revocandas libertates quæ competierint, vel præſtitæ ſint: ſed a ſingulis præſtandos victori eſſe viginti aureos. Neſcio, an Modeſtinus *l.* 9. ſignificet, fuiſſe, qui negarent, ſi quis egerit intra quinquennium, tum libertates competere. ipſe certe ſubjicit, quod Paulus ait, præſtaturum fideicommiſſas libertates, ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu a ſingulis præſtandis. Impp. quoque Valerianus & Gallienus *l.* 2. *C. In quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt*, ſic ſcribunt. *Adoleſcentiæ tempus non imputari in id quinquennium liberis cujus præſcriptio ſeram inofficioſi quæſtionem moventibus opponi ſolet, manifeſte ante deſcripſimus.*

Sic jus fuit in querela inofficioſi. at de actione quæ jure novo competit ad ſupplementum ejus quod legitimæ portioni deeſt, aliter dicendum eſſe, fere omnes conſentiunt: arbitrati, huic præſcribi demum ſpatio triginta annorum. Sed hæc ſententia mihi non placet: ne video quidem rationem, cur oporteat in hac actione amplius eſſe ſpatium, quam in querela inofficioſi. Non me fugit, pro ea adferri, hanc actionem eſſe condictionem ex lege, eoque in perſonam: cum querela ſit in rem actio, & omnibus actionibus in perſonam dicatur præſcribi ſpatio triginta annorum *l.* 1. §. 1. *C. de annali exceptione.* Verum de actionibus in rem idem conſtitutum in *l.* 3. *C. de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum.* præterea quis ignorat, generi per ſpeciem derogari? & cum dicitur omnibus in rem & in perſonam actionibus præſcribi longiſſimo tempore triginta annorum, id procedere: niſi ſi quæ præſcriptionem acceperint breviorem? *d. l.* 3. *in fin.* In his eſt, verbi gratia, actio de dolo malo: cui præſcribitur ſpatio biennii *l. ult. C. de dolo malo.* itemque actio injuriarum: anno finiri ſolita *l.* 5. *C. de injuriis.* quin ipſa querela inofficioſi teſtamenti, non triginta annis, ſed quinquennio circumſcribitur. idem putemus de actione ad ſupplementum legitimæ competente: quæ querelæ ſurrogata, procul dubio ejus ſapit naturam: ſicut de actione furti manifeſti dictum *pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* mitto argumenta: certo jure ex Conſtitutione Juſtiniani in *l.* 34. *C. h. t.* in fine: ubi ſequentia extant verba. *Et ſi non heres apertiſſimis probationibus oſtenderit ingratum patrem nepotis circa teſtatorem fuiſſe, teſtamento remoto, ab inteſtato eum vocari, niſi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta eſt: tunc etenim ſecundum novellam noſtri numi-*

nis Conſtitutionem, repletio quartæ partis nepoti ſupereſt, ſi qua patri ejus competebat, ut perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus, niſi pater adhuc ſuperſtes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, ſcilicet poſt aditam hereditatem. Sic Juſtinianus. nec velim quem confundi verbo, *querelæ*, quo utitur Imperator: cum eo verbo vel actio ad ſupplementum, niſi cavillamur, manifeſte ſignificetur: ſicut in *l.* 35. §. 2. mox ſequente.

Fere oblitus eram, quod querela, exemplo actionis injuriarum, etiam exheredati morte finitur; ſi deceſſerit, querela ante non præparata: imo præparata, modo mutata deinde voluntate decedat. nam tum non dari de inofficioſo querelam, auctor eſt Papinianus *l.* 15. §. 1. *h. t.* cauſatus, non ſufficere, litem inſtituere, ſi non in ea perſeveret. quomodo autem præparetur querela, ſatis apparet ex *l.* 6. §. 2. *& l.* 7. *h. t.* Juſtinianus tamen in exheredati filio quid ſingulare conſtituit *l.* 34. *C. h. t.* nam voluit, huic querelam etiam competere, etſi a patre non ſit præparata.

Præterea ait Ulpianus *l.* 8. §. 5. *h. t.* querelam etiam in pupillari ſubſtitutione ceſſare. pone: pater filio impuberi pupillariter ſubſtituit, præterita ejus matre & fratre ſuo. Ulpianus, mater, inquit, non dicet inofficioſum: quia pater ei fecit: id eſt, quia non pupillus ipſe fecit, ſed ejus pater. certe patris judicio eſt facta pupillaris ſubſtitutio. ita eſt patris, non filii, teſtamentum: & poteſt quidem mater queri de judicio filii, ſed uxor non poteſt queri de judicio mariti. An tamen inofficioſum dicet patris frater? Et hoc negat Ulpianus: nimirum, quia non eſt patris, ſed filii, teſtamentum, & quamquam fratri fas ſit queri de inofficioſo fratris teſtamento, non tamen patruo competit querela adverſus teſtamentum filii fratris. De fratre impuberis quid dicemus? finge, eſſe a patre exheredatum tam in primis, quam in ſecundis, tabulis. fuerit ratio dubitandi: quod impuberis frater poteſt de utroque queri, id eſt, tam de patre, quam de fratre, ab utroque exheredatus. Negat tamen Ulpianus *d.* §. 5. *l.* 8. vel eum dicturum inofficioſum; ſi patris non dixit. videlicet, quia fratri non eſt jus queri de fratris impuberis teſtamento, etſi poſſit queri de teſtamento fratris puberis: nam ut fingatur eſſe impuberis teſtamentum, tamen profectum eſt a judicio patris; atque ut poſſit eum inſaniæ accuſare ab eo exheredatus: non ob id poterit inſanum dicere fratrem qui per ſe non eſt teſtatus. Rurſus non prodeſt ei ad querelam, quod filius poteſt queri de injuria patris: quia ut dixi, in pupillari ſubſtitutione non putatur eſſe patris, ſed fratris, teſtamentum? Quid tandem? licet ei, inofficioſum dicere patris teſtamentum quo temere ſit exheredatus: ac, ſi in eo obtentum eſt; ne pupillare quidem valebit *d. l.* 8. §. 5. ſcilicet, quia hoc eſt pars & ſequela paterni teſtamenti §. 5. *Inſt. de pupill. ſubſt.* Niſi ſi pro parte reſciſſum eſt: tum enim adhuc valere pupillare, Ulpianus ait *d.* §. 5. *l.* 8. opinor, quia verum eſt, ſubſiſtere quod pro parte ſubſiſtit, etſi non in totum.

Poſtremo ceſſat querela in teſtamento militis: ſive ſit paterfamilias, ſive filiusfamilias, ſive id fecerit jure militari, ſive jure communi *l.* 9. *l.* 24. *C. h. t.* in tantum vero id placet: ut Ulpianus *l.* 27. §. 2. *h. t.* ſcribat, de inofficioſo teſtamento militis dicere nec militem poſſe: id eſt, non magis militem, quam paganum. Valet autem hoc privilegium, quamdiu eſt miles: imo etiam poſt miſſionem intra annum *l.* 8. §. 4. *h. t.* Inde Papinianus apud Ulpianum *d. l.* 8. §. 3. ſcribit, contra veterani patrisfamilias teſtamentum quod fecit jure communi, eſſe inofficioſi querelam, etſi ea bona habuit quæ in caſtris quæſierat. Prudenter ponit veteranum patremfamilias: nam hujus non peculium, ſed bona, dicimus: ut bene Græci *lib.* 39. *Baſilic. tit.* 1. *p.* 235. *tom.* 5. quod ſi filiusfamilias veteranus ſit de caſtrenſi peculio teſtatus, quamquam jure communi, adverſus id ceſſare querelam, certus auctor eſt Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* idemque ſtatuit ibi jam generaliter, cum olim non ita eſſet, in omni peculio quaſi caſtrenſi: donec filiusfamilias cujus talia ſint peculia, fiat paterfamilias: quia inde deſinunt eſſe peculia. Video ambigi, an hæc mutata ſint a Juſtiniano *Novell.* 115. *c.* 4. Mihi lubet, pedibus ire in ſententiam Viglii, V. CL. *ad pr. Inſt. de milit. teſtam. n.* 12. exiſtimantis, eſſe mutationem factam, ſi teſtamentum de peculio caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi ſit communi jure factum: non ſi factum ſit ex privilegio militari. Novella ſane de privilegio non loquitur: tantum dicit, non licere liberis, parentes ſuos exheredare aut præterire in rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam: eoque videtur velle, liberorum teſtamenta, cum de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi peculio teſtantur, deinceps ſubjacere querelæ inofficioſi; & hactenus corrigi veteres leges, in quibus contrarium erat permiſſum. De militaribus autem filiorum teſtamentis quæ ex privilegio militari fiebant, verbum non addit. ad hæc igitur reſpicere Imperatorem, non eſt, ut putem. ad liberos autem emancipatos reſtringere ejus mentem, minus auſim.

Una reſtat dubitatio hic minime negligenda: an alicui conceſſa ab Imperatore libera teſtandi facultate, ſub ea aut ſimili formula conceſſa intelligatur libera a querela inofficioſi teſtamenti, itemque a ſolemnibus alioquin jure civili neceſſariis? pone: Conſtantinus, approbata confirmataque pridem Chriſtiana Eccleſia, ante habita Collegium illicitum ac ſuperſtitioſum, publice jubet in *l.* 1. *C. de ſacroſanct. eccleſ.* (nam eſt lex ad Populum) unumquemque habere licentiam ſanctiſ-

ſimo

ſimo illi venerabilique Concilio decedentem bonorum quod optaverit, id eſt, ex bonis quidquid velit, ſine exceptione relinquere; & non eſſe caſſa judicia ejus. plus ait, nihil eſſe, quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntati, poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium. Quid dicimus? Sanctiſſimo Catholico, Venerabilique Concilio, etſi legibus jam probato & licito, tamen ne quæ ſupereſſet dubitatio, paſſivam concedi teſtamenti factionem: ipſam pleno honore; ſed ordinariam, ac legitimam: non aliam. Sic puto. quo auctore? Juſtiniano: cujus in *l.* 35. *C. h. t.* hæc ſunt verba: *Si quando talis conceſſio Imperialis proceſſerit, per quam* libera teſtamenti factio *conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, niſi ut habeat legitimam & conſuetam teſtamenti factionem: neque enim credendum eſt, Romanum Principem qui jura tuetur,* hujuſmodi verbo (id eſt, hujuſmodi formula: ita obtinui *lib.* 2. *Obſerv. c.* 9.) *totam obſervationem teſtamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.* Tenes ſenſum *d. l.* 1. olim plerisque obſcuræ & moleſtæ: ſed ſic evidentis induſtria præſertim Jacobi Gothofredi V. CL. ad *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 16. *Cod. Theod.* unde deſcripta eſt *d. l.* 1. Aggreſſus hanc etiam ſuo modo eſt Gulielmus Fornerius *lib.* 1. *Select. c.* 28. ſed omnibus præſtat ille Gothofredi.

TITULUS III.

De hereditatis petitione.

Explevi, ut ſpero, ſuperiore Titulo exſpectationem nobilium juvenum quibus ſit ſtudium, intelligere naturam petitionis hereditatis, delatæ ex cauſa de inofficioſo. hoc experiar, quid valeam in petitione hereditatis, alia ex cauſa adquiſitæ. Eſt vero vel hæc in rem actio; atque ad univerſitatem intendens; ideoque hereditatem vindicare dicitur *l.* 8. *h. t.* poniturque in ordine actionum in rem, & in Rubrica petitio appellatur proprio nomine actionum in rem. *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* Hac ratione propoſitum etiam, puto, a Prætore fuit Edictum in hæc verba: *Si quis hereditatem ſuam eſſe petet, ei adverſus eum qui hereditatem pro herede prove poſſeſſore poſſidebit, judicium dabo, ut reſtituatur.* Aliquis petat, addi ſequentia verba: *Item, ſi quid in ea damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aut aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut præſtetur.* Nec inficior, tali adjectione fieri mixtam actionem, tam in perſonam, quam in rem: qualem eſſe petitionem hereditatis, in ſequentibus apparebit. Sed malui hanc omittere: arbitratus, petitionem hereditatis poteſtate hujus Edicti non fuiſſe actionem in perſonam, ſed in rem: ſicut etiam in ordine talium actionum hoc loco poni, modo monui: & eſt verius, demum mixtam eſſe factam auctoritate Juriſconſultorum, in Fori diſputatione interpretantium Senatuſconſultum, ab Ulpiano proditum in *l.* 20. §. 6. *d. t.*

Ut ut erit: expliciturus hoc Edictum, primum quæram: quando competat hereditatis petitio: deinde cui: tum adverſus quem: dehinc quid in eam veniat: poſtremo quod in ea ſit Judicis officium. Primus locus erit, quando competat petitio hereditatis. huc vero ducunt prima Edicti verba, *Si quis hereditatem ſuam eſſe petet.* deſumpta illa ex Rubrica, item ex *l.* 1. *D. Si pars hered. petat.* & *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Secundum hæc obtinet hereditatis petitio, non ſi hæc aut illa petatur res hereditaria: ſed ſi hereditas petatur. Eſt autem hereditas, (auctore Gajo *l.* 24. *D. de verb. ſignif.* quam ad hoc Edictum ſpectare indicat Inſcriptio, præferens Gaji lib. 6. Ad Edictum provinciale: ex quo ſunt *l.* 1. 3. 16. 17. & 41. *h. t.*) ſucceſſio in univerſum jus quod defunctus habuit. Eſſe vero id jus incorporale, ideoque tangi non poſſe, idem docet Gajus *l.* 1. §. 1. *D. de rer. diviſ.* nec ad rem pertinere, quod in ea res corporales continentur. imo Papinianus confirmat, hereditatem etiam ſine ullo corpore habere juris intellectum *l.* 50. *D. h. t.* Africanus eam inquit demonſtrare univerſitatem quamdam ac jus ſucceſſionis, & non ſingulares res *l.* 208. *D. de verb. ſignif.* His conſequenter ait Pomponius, eo verbo etiam damnoſam hereditatem contineri: & cauſatur, quod eſt juris nomen *l.* 119. *D. d. t.* Ut vero ſucceſſione in defuncti locum adquiritur; ita nil mirum, ſucceſſionem a Gajo dici in *d. l.* 24. & Juliano *l.* 62. *D. de reg. jur.* quæ eſt ex Juliani lib. 6. Digeſtorum, & ſimiliter ad hujus Edicti intellectum pertinet: monſtrante *l.* 16. §. 2. & *l.* 31. aliiſque hujus Tituli locis, eum Juliani librum citantibus. Aliquem moretur: quod ſuccedere & ſucceſſio proprie eſt heredis. at hereditas eſt jus ſucceſſione adquiſitum *l.* 3. *pr.* & §. 1. *D. de bonor. poſſeſſ.* Sed putemus, cum hereditas a Gajo & Juliano ſucceſſio appellatur; non eſſe aliam loquendi formam, quam cum ſervitus a Florentino dicitur *conſtitutio* juris gentium *l.* 4. §. 1. *D. de ſtat. homin.* pro eo quod eſt jure gentium conſtitutum. & theſaurus a Paulo definitur vetus quædam *depoſitio* pecuniæ *l.* 31. §. 1. *D. de adq. rer. domin.* pro pecunia antiquitus depoſita. Expoſui, quando competat hereditatis petitio.

Sequens tractatus erit, cui competat. Et huic ſerviunt Edicti verba; hereditatis petitionem ei qui illam ſuam eſſe petet, promittentia: plane accommodate ad naturam actionis in rem, dominio aut jure in re, ſubnixæ.

xæ. Quam autem hereditatem poſſimus noſtram dicere, facile colligitur ex *l.* 1. 2. 3. *D. h. t.* Summa eſt, primum delatam eſſe oportere, & deinde quæſitam. Defertur autem vel ex teſtamento, vel ex lege ab inteſtato. Cum teſtamentum dico, intelligo jure factum a patrefamilias Lege Duodecim Tabularum, aut a milite ſive patrefamilias ſive filiofamilias ex Conſtitutionibus. Ab inteſtato defertur hereditas aut vetere jure aut novo. vetere ex Lege Duodecim Tabularum ſuis & agnatis & gentilibus proximis, item patronis & patronorum liberis. novo ex Senatuſconſultis, ut Orphitiano & Tertulliano. Sic delata hereditas adquiritur vel ipſo jure vel facto. ipſo jure adquiritur neceſſariis, item ſuis & neceſſariis: his quidem cum effectu immixtione hereditatis, jure Prætorio recepta. facto extraneis adquiritur aditione vel geſtione pro herede. utroque modo vel per nos, vel per alios. per nos; ſi noſtro nomine adeamus hereditatem, prove herede geramus. per alios, ut per liberos aut ſervos quos in poteſtate habemus; ſi heredes inſtituti hereditatem adierint juſſu noſtro. ſed & ſi ſucceſſimus heredi alterius; ejus hereditas ad nos pertinet: certo, heredis appellationem ad heredis heredem & deinceps pertinere *l.* 65. *D. de verb. ſignif.* & *l. ult. C. de heredib. inſtit.* Sed apparet, hereditatis petitionem dari ei qui poteſt dicere, hereditatem ſuam eſſe, ſive ex teſtamento, ſive ex lege ab inteſtato: modo ille qui eſt heres legitimus, ab herede ſcripto ex teſtamento non acceperit legatum. imo & ſi acceperit ignarus, ruptum aut irritum eſſe; deindeque intellecto errore, ab inteſtato petat hereditatem; paratus, legatum reddere: ea lege, ut ei caveatur, ſi contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei legatum *l.* 43. *D. h. t.* Eodem modo Paulus *l.* 8. negat legitimam hereditatem vindicare prohiberi eum qui cum ignorabat vires teſtamenti, judicium defuncti ſequutus eſt: petita, ſic opinor, a Prætore in integrum reſtitutione.

Ordo quem mihi propoſui, poſtulat porro tradi, adverſus quem danda ſit hereditatis petitio. pollicetur autem hanc Prætor, *adverſus eum qui hereditatem poſſidet pro herede, prove poſſeſſore.* Sic concepi Edictum: & juvat conjecturam cum definitio hinc profecta *l.* 9. 10. 11. 12. & 13. *D. h. t.* tum natura actionis in rem: quæ ſubnixa jure in re, eam ſequitur, in cujuſcumque manum devenerit: an etiam adverſus alium? ne puta §. 1. *Inſt. de action.* ut ut jactet, ac clamet, ſe heredem eſſe: Prætore non de nomine, ſed de effectu, ſollicito. Et ita eſt: Prætor non idcirco propoſuit hereditatis petitionem; ut de ſolo heredis nomine inter ſe duo contenderent: ſed ut hereditas de qua illis lis eſſet, probanti ſuam eſſe Judicis officio a poſſeſſore reſtitueretur. Videndum igitur, quid ſit, hereditatem poſſidere pro herede, prove poſſeſſore. Eſt autem poſſidere, rem tenere cum animo ſibi habendi; ſive ſine, ſive cum opinione, dominii: altero caſu civilis, altero naturalis, poſſeſſio appellatur. quod ſi quis non habeat animum ſibi habendi: ſed detentione ſua præbendi alterius poſſeſſioni miniſterium: is dicitur quidem tenere, & in poſſeſſione eſſe; ſed poſſidere non dicitur. In propoſito tamen placuit, ſub appellatione poſſeſſoris, etſi reſiſtente ſubtilitate verbi, etiam detentorem contineri: quia æque ac poſſeſſor habet reſtituendæ rei facultatem. exemplum in *l.* 36. *D. h. t.* Illud videamus, quo ſenſu hereditas poſſideri dicatur: quippe res incorporalis, ſolo conſtans intellectu, ac natura tangi, teneri, aut poſſideri, inidonea. Ego vero cenſeo, hereditatem poſſideri; cum res hereditaria vel jus hereditarium poſſidetur pro herede, prove poſſeſſore. præit Ulpianus *l.* 9. *h. t.* opinor, ex Edicti ſententia: etſi enim Prætor loquatur de hereditate, ipſaque diſtet a rebus hereditariis, tamen cum omnis ejus vis, honor, utilitaſque, pendeat a rebus hereditariis, ipſaque adquiratur animo, qualiſcumque res pro hereditaria attingatur, etiam ubi non eſt talis: cedo, an poteſt fieri, ut rem aut jus hereditarium pro herede prove poſſeſſore poſſidens, non videatur animo totam complecti hereditatem, natura ſua individuam, nec pro parte adquiri aut retineri ſolitam. Jam vice verſa, is qui hereditatem petit, ſuam actionem magis metitur ex jure ſuo, quam ex eo quod poſſeſſor occupavit. nec minus totam vindicabit hereditatem, licet tu unam rem poſſideas, ut ut minimam *l.* 10. *D. h. t.* adeo nec mihi impero: ne in *l.* 1. §. 1. *D. Si pars hered. petat.* omni modo probem hanc Ulpiani illationem. *Itaque qui ex aſſe heres eſt, intendit quidem hereditatem ſuam eſſe: ſed hoc ſolum ei officio Judicis reſtituitur, quod adverſarius poſſidet.* videlicet, quia id ex hereditate reſtitui ſolum poteſt.

Adhuc quæris, quid in Edicto ſit, hereditatem pro herede, prove poſſeſſore poſſidere? Vix opus adſcribi, quod liquet ultro, hereditatem pro herede poſſidere qui eam poſſidet tamquam heres: & pro poſſeſſore, qui eam poſſidet tamquam poſſeſſor. id enim denunciare voculam, *pro*, alibi oſtendi. Inde apud Ulpianum *l.* 11. *D. h. t.* Pro herede poſſidere dicitur, non qui eſt heres, ſed qui putat, ſe heredem eſſe, cum non eſt, aut jure non habetur, heres. nimirum, hereditatis petitio, quia heredi datur, non poteſt dari adverſus heredem, tamquam heredem. Jam ſicut pro herede poſſidere dicitur, qui putat ſe eſſe heredem, cum non ſit: ita qui ſcit, ſe non eſſe heredem, & tamen per mendacium dicit, ſe eſſe, dicitur pro herede poſſidere *d. l.* 11. nulla hac in parte differentia, utrum bona, an mala, fide poſſideat. Pro poſſeſſore poſſidere dicitur prædo: qui interrogatus, cur poſſideat, reſponſurus ſit, quia poſſideo; nec

con-

contendit, ſe heredem eſſe vel per mendacium; nec poſſit ullam cauſam dicere, & ideo & fur & raptor ex ſententia Ulpiani petitione hereditatis tenentur *d. l.* 11. §. 1. *&* *l.* 12. *&* 13. Addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 13. omnibus etiam Titulis hunc pro poſſeſſore hærere, & quaſi injunctum eſſe. Vere: ſi de vitioſis Titulis exaudiatur: quorum etiam in *d.* §. 1. complura adfert exempla. ſed ero hoc uno contentus: Si quis dicat, ſe pro emptore poſſidere quod a furioſo emit ſciens. quid enim intereſt, utrum nullum alleget titulum, an talem qui pro nullo habeatur ipſo jure? ſed manifeſto, nullam eſſe furioſi venditionem, idem eſt, poſſeſſore hanc allegante, ac ſi dicat: Scio, furioſum a quo emi, non habere vendendi facultatem, eoque me nullo jure poſſidere: interim volo, id poſſidere ideo, quia volo poſſidere.

Hoc: ſi titulus ſit injuſtus. quid ſi juſtus ſit? jam ceſſat hereditatis petitio *l.* 11. *C. h. t.* *l.* 4. *C. In quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript* eo quod ſingularem allegans titulum, ipſum juſtum, cum herede non de hereditate contendit titulo pro herede aut pro poſſeſſore, quo uno caſu locus eſt petitioni hereditatis: ſed ei movet litem de dominio ex cauſa emptionis adquiſito; ideoque rei vindicatione conveniendus. nam ut non ſit dominus, tamen non eſt deteriore conditione, quam heres: qui eo quod hereditatem ſuam eſſe dicit, non idcirco obtinet, ſe eſſe dominum ſingularum rerum hereditatis. in pari autem cauſa potior eſt conditio poſſidentis, quam ejus qui non poſſidet. Sed profecto intereſt inter rei vindicationem & hereditatis petitionem. illa obtinet quocumque titulo res poſſideatur. iſta ſolum valet adverſus eum qui pro herede aut pro poſſeſſore, id eſt, ſine cauſa, poſſidet. nec fuerit iniquum, heredem verum præferri falſo, quamvis dicenti, ſe pro herede aut pro poſſeſſore poſſidere. proinde putarunt quidem Veteres, in rei vindicatione, ubi non intereſt petitoris, qua ex cauſa poſſideatur, incivile eſſe, poſſeſſorem cogi, dicere titulum ſuæ poſſeſſionis; ſed in petitione hereditatis non eſſe ita: nam in ea intereſſe petitoris, ne fruſtra experiatur, ante ex reo intelligere, utrum pro herede, an pro poſſeſſore, aliterve poſſideat *l.* 11. *C. h. t.*

Satis, ut opinor, eſt demonſtratum, hereditatis petitionem a Prætore promitti adverſus eum qui hereditatem pro herede, prove poſſeſſore poſſidet. Porro oblivisci non debui, etiam eſſe qui ut proprie non poſſideant pro herede, prove poſſeſſore; illis tamen non abſimiles habentur. qua ratione ceſſat quidem adverſus eos ex Edicti verbis directa heredis petitio: ſed ex ejus mente & ſententia datur utilis. ſit ex *l.* 11. *D. h. t.* exemplum in bonorum poſſeſſore. is jure civili non eſt heres, ſed jure Prætorio inſtar heredis habetur. Aliud exemplum in *l.* 13. §. 6. in fideicommiſſario: nam nec ille eſt jure civili heres, etſi reſtituta ex fideicommiſſo hereditate, propter auctoritatem Senatuſconſulti Trebelliani, a Prætore heredis loco habetur. Præter hæc occurrit in *l.* 46. *h. t.* ex Modeſtino exemplum in eo, cui tamquam indigno hereditas a fiſco aufertur. Verba ſunt: *Prædonis loco intelligendus eſt is, qui tacitam fidem interpoſuerit, ut non capienti reſtitueret hereditatem.* Erat quidem hic verus heres *l.* 43. §. 3. *D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* ſed adverſus fiſcum, ei hereditatem tamquam indigno auferentem, non habetur heres; etſi alias heres eſſe non deſinat. Intelligitur ergo, ut Modeſtinus ait, in hac actione prædo, ſi ſciat, agente fiſco. De emptore hereditatis quæritur in *d. l.* 13. §. 4. *& ſeqq. D. &* *l.* 2. *C. h. t.* multisque quæſtionem examinant Faber in *Rationalib.* Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 25. alii. ſed tu adde ſis Wiſſenbach *ad lib.* 5. *Pand. Diſp.* 17. *th.* 17.

Multa dixi, reſtant aliqua: nam ut maxime Prætor petitionem hereditatis adverſus poſſeſſorem promiſerit. tamen monet Ulpianus *l.* 13. §. 13. *D. h. t.* hereditatem interdum peti quoque ab eo qui nihil poſſidet. pone: aliquis, cum nihil poſſideret, ſe obtulit petitioni: ait Ulpianus, ſic Celſum ſcribere lib. 4. Digeſtorum; & præfari, quod dolo facit qui ſe petitioni offert: eamque ſententiam a Marcello generaliter probari apud Julianum: putare enim, omnem ſe petitioni offerentem, quaſi poſſidentem, teneri. Cæterum hoc ipſe temperat Celſus *l.* 45. *d. t.* quam ex ejus libro 4. Digeſtorum eſſe, ex Inſcriptione intelligitur. Verba Celſi: *Qui ſe liti obtulit, cum rem non poſſideret, condemnatur: niſi ſi evidentiſſimis probationibus poſſit oſtendere, actorem ab initio litis ſcire, eum non poſſidere: quippe iſto modo non eſt deceptus. & qui ſe hereditatis petitioni obtulit, ex doli clauſula tenetur: æſtimari ſcilicet oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi.*

Superiori caſui Ulpianus *d. l.* 13. §. 14. addit ſequentem: ſi quis fecerit dolo malo, quo minus poſſideret. ſed is interpretatione Senatuſconſulti (quod eſt in *l.* 20. §. 6. *h. t.*) pro poſſeſſore habetur; cum ante non eſſet ita: ſicut nec in rei ſingularis vindicatione; ad quam ea interpretatio ex hoc Senatuſconſulto quoque devenit: teſte Paulo *l.* 27. §. 3. *D. de rei vindic.* Poſtquam tamen hoc obtinuit in petitione hereditatis; apparet, jam duos ea teneri actione: unum qui poſſidet: alterum qui dolo malo deſiit poſſidere: ac ſi per plures ambulaverit poſſeſſio, omnes teneri *l.* 25. §. 8. *D. h. t.* poſſeſſorem quidem ad reſtitutionem, alterum vero ad æſtimationem. inde quæri, Ulpianus ait *d. l.* 13. §. 14. quid ſit: ſi alius nanctus poſſeſſionem quam ego dolo malo amiſerim, paratus ſit judicium pati. Marcellum enim tractare, ne forte adverſus poſſeſſorem qui deſiit poſſidere, evaneſcat litis æſtimatio. ſed putare, magis evaneſcere; niſi paciſcentis interſit. certe, ſi paratus ſit rem reſtituere, indubitatum eſſe, evaneſcere. po-

ſtre-

ſtremo addit Ulpianus, quod is qui dolo deſiit poſſidere, ſi ante conveniatur, non liberabit eum qui poſſidet. Sic ille. ſumma eſt, intereſſe, uter prius conveniatur petitione hereditatis: nam petitorem prius agentem cum eo qui dolo deſiit poſſidere, deinde adhuc poſſe cum poſſeſſore experiri: ſed vice verſa, niſi ejus interſit, non poſſe. & eſt ratio hujus diſcriminis: quia id in quod condemnatur is qui dolo malo deſiit poſſidere, magis eſt pœna doli, quam æſtimatio rei petitæ: eoque ſupereſt petitori actio qua rem perſequatur. at damnato eo qui rem poſſidet, reſtituitur actori aut res aut litis æſtimatio, ideoque evaneſcit actio; nec eſt æquum, eum qui aut rem aut ejus æſtimationem accepit, id eſt, ad ſuum pervenit, adhuc ſuum petere. recte igitur liberatur is qui dolo malo poſſidere deſiit. ita clare Papinianus *l. 95. §. 9. D. de ſolutionibus*.

Reliquum eſt, ut de officio Judicis diſputemus. cum vero Prætor affirmanti hereditatem ſuam eſſe ejus petitionem promiſerit adverſus eum qui eam pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet: conſequens eſt naturæ actionis in rem, ad duo recidere Judicis officium. primum, ut cognoſcat, an petitor probaverit, hereditatem ſuam eſſe: deinde, an reus rem aliquam hereditariam, vel jus aliquod hereditarium, pro herede vel pro poſſeſſore poſſideat. ac ſi utrumque ſibi liquere opinetur: declaret, hereditatem petitoris videri; & jubeat, quod ex ea apud poſſeſſorem ſit, ab eo petitori reſtitui. Hoc quidem ex Edicto: ex quo hereditatis petitio eſt, ut dixi, in rem actio. ſed opportune monet Ulpianus *l. 25. §. 18. D. h. t. Petitionem hereditatis, etſi in rem actio ſit, habere tamen præſtationes quaſdam perſonales: ut puta, eorum quæ a debitoribus ſunt exacta; item pretiorum.* Ea obſervatio huc redit: quod hereditatis petitio, ejus naturam ad Edictum exigentibus, mera eſt in rem actio, ideoque conſtat dumtaxat rebus hereditariis: ſed obtinuit, eam etiam in perſonam eſſe. ita factum, ut non tantum rebus, ſed etiam præſtationibus perſonalibus, cenſeretur. Hæc vero forma ei non obvenit Prætoris Edicto, ſed a Prudentibus Fori diſputatione accommodata eſt ex mente Senatuſconſulti, ab Ulpiano proditi *l. 20. §. 6. D. h. t.* Non opus verbis: quod dixi, liquet manifeſte cum ex *d. l. 20. §. 6.* tum ex *l. 27. §. 3. D. de rei vindic.* quid ſi ab eadem cauſa fuit a Veteribus dubitatum: an hereditatis petitionem, ex quo tempore etiam in perſonam actio haberi cœpit, pro bonæ fidei actione accipi oporteret: idque magis placuit. Imp. certe Juſtinianus ſic decrevit §. 28. *Inſt. de actionibus, & l. ult. §. ult. C. h. t.*

Sed quid eſt? poſtquam invaluit Fori diſputatione, petitionem hereditatis eſſe actionem mixtam tam in rem, quam in perſonam, non abs re erit, ut in illa integrum intelligatur Judicis officium, cum de rebus hereditariis, tum de præſtationibus perſonalibus, paulo diligentius tractare ex recepta in perſona & petitoris & poſſeſſoris natura actionis bonæ fidei.

Prorſus ſic agam. Ait igitur Ulpianus *l. 18. §. ult. D. h. t.* placuiſſe, in hoc judicium venire univerſas res hereditarias, ſive jura, ſive corpora ſint. primum attingit corpora hereditaria. Paulus *l. 19.* plus addit, & non hereditaria: quorum tamen periculum ad heredem pertinet. Lubet de utriſque diſſerere: initio facto ab hereditariis: quia continentur appellatione petitæ hereditatis. talia ſunt quæ in defuncti bonis fuere: ut ſi fuerit eorum, cum viveret, dominus; etſi aliis jam ab eo ſint pignori obligata *l. 54. §. 1. D. h. t.* non mutato hoc modo dominio. Idem dicendum de his quæ non quidem in dominio, ſed in jure, fuere: nam & illa in bonis ſunt *l. 49. D. de verb. ſignif.* fac, bona fide eſſe poſſeſſa ex cauſa juſta: cum enim ex ea detur actio Publiciana, Modeſtino etiam in bonis videntur *l. 52. D. de adquir. rer. domin.* ideoque Paulo *d. l. 19.* recte hereditaria dicuntur. In eodem numero idem Paulus *d. l.* ponit res defuncto obligatas pignori: cum earum nomine competat hypothecaria in rem actio. Sed Modeſtinus *d. l. 52.* ait, in bonis præterea eſſe in quibus poſſeſſor habet retentionem: petitionem non habet. exemplum in *d. l. 19. §. 2.* ſi defunctus, cum rem ſine cauſa poſſideret, conditione delata, juraverit, rem non eſſe petitoris. accepit enim non actionem, ſed exceptionem: quia jurans, rem non eſſe petitoris, non utique juravit, rem ſuam eſſe. habuit igitur defunctus ex jurejurando retentionem, actionem non habuit: & in hoc defuncti jus ſucceſſit heres: nec fuerit abſurdum, tales res hactenus fieri hereditarias; ut heredi liceat, eas hereditatis petitione perſequi adverſus eum qui eas non aliter, quam pro herede aut pro poſſeſſore, id eſt, nullo jure, poſſidet. Præter hereditaria corpora dixit Paulus *d. l. 19.* in hereditatis petitionem etiam venire non hereditaria: & talia eſſe, quorum periculum ad heredem pertinet: ac ne quæſtioni eſſent exempla; nominat res pignori datas defuncto, item commodatas, depoſitaſve. quamquam diſtinctius agentibus, poteſt eſſe differentia. nam commodatæ quidem & depoſitæ res defuncti numquam fuerunt; ideoque proprie non ſunt hereditariæ *l. 5. §. 10. D. Ut in poſſeſſ. legat.* rei vero pignori datæ jam defuncto fuit petitio; quid ni igitur proprie hereditaria ſit, & hereditatis petitione contineatur? ſicut illæ quarum Publiciana competit. ſed licet earum quæ commodatæ vel depoſitæ ſunt, nulla facile ſit actio, quia tamen earum periculum ad nos pertinet: æquum adhuc eſt, eas reſtitui *d. l. 19.*

Veniunt igitur in hereditatis petitionem

quæ

quæ ſuerunt mortis tempore. at non ſola. verum augmenta quoque, ſi quæ poſtea hereditati acceſſerunt. ſic Ulpianus *l.* 20. §. 3. *h. t.* cauſatus, hereditatem, ut eſt univerſitas, & augmentum recipere & deminutionem. addit *l.* 16. §. 1. etiam admittere ſurrogationem pretii in locum rei, & vice verſa rei in locum pretii *l.* 18. *D. Quod met. cauſ.* Et ita eſt; is qui pretia rerum hereditariarum poſſidet, petitione hereditatis tenetur. Et eſt ratio quam ex Oratione D. Hadriani ſuppeditat Paulus *l.* 22. *D. h. t.* quod poteſt exiſtimari, pretium ſucceſſiſſe in locum hereditariæ rei venditæ, & quodammodo ipſum hereditarium factum videri. Ulpianus *d. l.* 16. §. 1. pretio rerum venditarum comparat pecuniam a debitore hereditario exactam; & addit §. 2. Julianum inde interpretatum, etiam ab eo qui hereditatem petiit, & litis æſtimationem conſecutus eſt, hereditatem peti poſſe: quippe cum vel illa res habere ſpeciem venditionis reputetur *l.* 7. §. 1. *D. de Public. in rem act. l.* 3. *D. Pro empt.*

Superioribus accenſet Ulpianus *l.* 20. *d. t.* res hereditatis cauſa comparatas: confeſſus, eas tamquam hereditarias, in hanc actionem venire: nec referre, utrum ſint comparatæ ex hereditaria, an alia, pecunia: modo ſint hereditatis cauſa comparatæ: id eſt, hoc animo, ut quod hereditati emit poſſeſſor, hereditati adquirat. hunc vero in finem eſſe duo neceſſaria: unum, ut poſſeſſor emat in uſum hereditatis: alterum, ut hereditatis interſit emi *l.* 20. *pr.* & §. 1. *d. t.*

Similis obſervatio eſt circa fructus ex rebus hereditariis perceptos, ſive ante, ſive poſt, aditam hereditatem: utrique enim augent hereditatem *l.* 20. §. 3. *h. t.* Fructus autem cenſentur rei obventiones redituſque omnes, ſive ſponte nati beneficio naturæ, ſive hominis induſtria producti. Res certa in fructibus arborum fundorumque, & in fœtu pecorum. *d. l.* 20. §. 3. & *l.* 25. §. *ult. h. t.* an etiam in partu ancillæ? quid ni? nam & hic, quamvis proprie non ſit fructus: in hac actione a fructu non ſeparatur: quippe hereditatem augens non minus, quam fœtus pecorum, & e re æque naſcens *l.* 27. *D. h. t.* Idem dicam de uſuris; poſtquam placuit, eas habere vicem fructuum; nec minus in penſionibus locatorum prædiorum urbanorum; licet a lupanario perceptis: nam & in multorum honeſtorum virorum prædiis lupanaria exercentur. ex eodem genere ſunt mercedes a colonis acceptæ. nam vel illæ ſunt fructuum loco. operæ quoque ſervorum in eadem ſunt cauſa qua penſiones. item vecturæ navium, & jumentorum. omnia hæc, ſi teſtimonium petas, ſic conjunctim tradita ab Ulpiano *d. l.* 25. § *ult. l.* 27. *l.* 29. *D. h. t.* & *l.* 34. *D. de uſuris.* monſtrante omnium Inſcriptione ex lib. 15. Ulpiani Ad Edictum. Nec ſilebo quidem, quod in *l.* 28. ex Paulo interjicitur, (facit enim ad clariorem intellectum) poſt Senatuſconſultum de petitione hereditatis factum, eſſe tam bonæ fidei poſſeſſori, quam prædoni, auferendum lucrum omne: uſque adeo, ut Hermogenianus *l.* 52. *h. t.* ſcribat, poſſeſſorem, ſi ex hereditate inhoneſtos habuerit quæſtus, etiam cogi, eos reſtituere: ne honeſta interpretatio non honeſto quæſtui lucrum poſſeſſori faciat.

A corporibus hereditariis tranſeo ad jura hereditaria: nam vel illa in hanc actionem venire, Ulpianus auctor eſt *l.* 18. §. *ult. h. t.* talia autem ſunt debita hereditaria, actioneſque defuncto ad ea conſequenda comparatæ: hereditatis enim eſſe, eoque heredis adita hereditate fieri, quis dubitet? cum hereditas ſit ſucceſſio in univerſum jus defuncti, atque ipſa poſſit a debitore hereditario, quaſi a juris poſſeſſore peti *l.* 13. §. *ult. l.* 42. *D. h. t.* maxime, ſi a defuncto cœpit: imo & ſi poſtea hereditati ſit adquiſitum: ut ex contractu, vel quaſi ex contractu, item ex delicto vel quaſi ex delicto fieri poteſt *l.* 14. & 15. *h. t.* tam enim hæc, quam illa, actio ad debiti perſecutionem pertinens, hereditaria eſt. Atque his ſi conſtet, ut oportet, auctoritas: valde probandum hoc Ulpiani *l.* 20. §. 4. *D. h. t.* dicentis, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire. Utrum cum ſua natura, an contra? pone: actio inficiatione creſcit, ut fit in lege Aquilia: utrum cum ſuo venit incremento, an in ſimplum? Hoc mavult Ulpianus: ſine dubio quod petitio hereditatis originem non a delicto ducit, exemplo actionis legis Aquiliæ, ex debitoris inficiatione creſcentis: ſed eſt actio in rem, heredi competens adverſus poſſeſſorem debiti, tamquam juris hereditarii; ut quantum ex hoc apud eum eſt, tantum heredi reſtituatur. Ab eodem fonte ſcribit Ulpianus *l.* 16. *D. h. t.* obſcurius quidem: ſed in hunc ſenſum: Quod ſi in diem debitor idcirco conventus petitione hereditatis, quia ſe heredem eſſe dicit, etſi ante, quam dies veniat, non poſſit ſpeciali actione ex obligatione conveniri: tamen hereditatis petitione recte convenitur: ſed non tamquam debitor, verum tamquam poſſeſſor debiti hereditarii cujus dies jam ceſſit, licet nondum venerit. quo effectu? nempe, ut debitor, die veniente ante rem judicatam, tamquam poſſeſſor juris hereditarii, teneatur petitori reſtituere debitum cujus jam venit dies: quia hoc ex hereditate apud eum eſt. ac ſi dies ante rem judicatam non venit: heredi teneatur cavere ſe, ubi dies venerit, reſtituturum debitum. atqui heredi ſic a debitore non reſtituitur poſſeſſio debiti ſeu juris. ſed temperamento intelligitur reſtitui; eo quod heres, die veniente, ſic fit de debito & jure ſuo non minus certus, quam ſi ejus poſſeſſio ei naturaliter reſtituta eſſet. Hoc, ſi debitor ſit in diem. idem eſt, ſi debeat ſub conditione, & hac actione

conveniatur tamquam poſſeſſor. Neſcio, an ſim inventurus fidem; addens, etiam actionem quæ numquam hereditaria fuit, hac actione peti, tamquam hereditariam. & tamen eſt ita, quoties actio poſſeſſori pro herede, prove poſſeſſore ex re hereditaria obvenit. extant complura exempla in *l.* 16. §. 4. 5. 7. *D. h. t.* ſed utar uno. Ecce, poſſeſſor vendidit rem hereditariam. is inde habet actionem venditi adverſus emptorem ad pretium nondum ſolutum. ea actio numquam fuit defuncti, nec magis hereditatis: nata videlicet ex contractu poſſeſſoris, etſi de re hereditaria. non igitur eſt hereditatis, ſed poſſeſſoris jure venditionis. Ait tamen Ulpianus *d.* §. 5. hunc teneri petitione hereditatis. ad quid? ut actionibus cedat. optime: nam cum rem hereditariam vendidit tamquam heres: quid ni eam actionem, velut jus ex re hereditaria quæſitum, pro herede vel pro poſſeſſore poſſidere eo exiſtimetur: quod eam adverſus emptorem non alia habet ratione, quam ad conſequendum rei hereditariæ pretium? tenetur igitur petitione hereditatis: non ut reſtituat rem forte a ſe numquam poſſeſſam, aut pretium nondum acceptum: ſed ut heredi cedat actionem quam contra emptorem habet.

De ſervitutibus (prædiorum ſcilicet, nam has proprie ſervitutes appellari, alibi oſtenſurus ero) licet & ipſæ ſint jura hereditaria, ſufficit hoc Pauli in *l.* 19. §. 3. *D. h. t.* *Servitutes in reſtitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine poſſit reſtitui ſicut eſt in corporibus & fructibus. Sed ſi non patiatur ire & agere, propria actione convenietur.*

Quod hactenus dixi, eſt certi juris in rebus tempore litis conteſtatæ a poſſeſſore poſſeſſis: quia petita hereditate in judicium deductæ, ad Judicis officium pertinent. Aliqua poterat eſſe dubitatio de his quas poſſeſſor poſt demum cœpit poſſidere: eo quod non videntur in judicium veniſſe tempore litis conteſtatæ nondum poſſeſſæ: nec poteſt Judex officio ſuo jubere, reſtitui res extra ejus poteſtatem conſtitutas *l.* 18. *D. Communi dividundo*, & *l.* 23. *D. de judiciis.* Aut tamen fallit me animus meus, aut in hoc conſenſu iverunt Veteres. ſaneq ſi quis tempore petitæ ab eo hereditatis neque rei, neque juris, erat poſſeſſor, & poſtea ſit adeptus aliqnid; ait Ulpianus *l.* 18. §. 1. *D. h. t.* adhuc condemnari eum oportere. nec aliter Paulus *l.* 4. *d. t.* imo is tamquam in re certa, *Si*, inquit, hereditatem petam ab eo qui unam poſſidebat rem, qua de ſola erat controverſia, eum reſtituturum etiam id quod poſtea cœpit poſſidere. Idemque Gajus probat *l.* 41. *D. eod. tit.* Rem, inquis, video. rationem nondum. Mihi vero ſuccurrit: quod hac actione agens, non rem hanc aut illam ex hereditate petit, ſed hereditatem. ne poſſeſſor quidem, licet unam rem hereditariam poſſideat, ei de una movet controverſiam: ſed de hereditate. proinde ut tota hereditas, ex utriuſque conventione in judicium deducitur; ita in judicium veniunt omnes res hereditariæ *l.* 7. §. 4. *D. de exceptione rei judicatæ.* nec habeo cauſam, ne dicam, omnes ad officium Judicis pertinere; etſi omnes a poſſeſſore, tempore litis conteſtatæ, non poſſiderentur: quia ſufficit, vel tum hereditatis fuiſſe, & de ejus jure litem inter petitorem & poſſeſſorem eſſe conteſtatam; idque petitori deinde a Judice adjudicatum eſſe.

Multa dixi de officio Judicis, in petitione hereditatis circa res hereditarias occupati pro natura actionis in rem: & quod erat conſequens actioni mixtæ perſonali, etiam aliqua dedi exempla præſtationum perſonalium. ſed plura ſuperant circa diſtractas res hereditarias, item dolum præteritum, & fructus; iiſque eſt data Senatuſconſulto forma. optimum ergo erit, ipſius Senatuſconſulti interpretationem facere, verbis ejus relatis. ſunt autem ex Ulpiano *l.* 20. §. 6. *h. t.* talia. *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus, & Publius Juventius Celſus, Titus Aufidius, Oenus Severianus Conſules verba fecerunt de his quæ Imperator Cæſar, Trajani Parthici filius, Divi Nervæ Nepos, Hadrianus Auguſtus [Imperator] Maximuſque Princeps propoſuit quinto Nonas Martias, quæ proximæ fuerunt, libello complexus [eſſet] quid fieri placeat. de qua re ita cenſuerunt: cum antequam partes caducæ, ex bonis Ruſtici, fiſco peterentur, hi qui ſe heredes eſſe exiſtimant, hereditatem diſtraxerint, placere, redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ uſuras non eſſe exigendas. Idemque in ſimilibus cauſis ſervandum.* † *Item placere, a quibus hereditas petita fuiſſet, ſi adverſus eos judicatum eſſet, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum perveniſſent, etſi eæ ante petitam hereditatem deperiſſent, deminutæve fuiſſent, reſtituere debere.* † *Item eos, qui bona invaſiſſent, cum ſcirent ad ſe non pertinere, etiamſi ante litem conteſtatam fecerint, quo minus poſſiderent, perinde condemnandos, quaſi poſſiderent. eos autem qui juſtas cauſas habuiſſent, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaſſent, uſque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti eſſent.* † *Petitam autem fiſco hereditatem ex eo tempore exiſtimandum eſſe, quo primum ſcierit quiſque eam a ſe peti, id eſt, cum primum denunciatum eſſet ei, aut literis vel edicto evocatus eſſet, cenſuerunt.* Ne mirere, in limine Senatuſconſulti occurrere quatuor Conſules, duo ſunt ordinarii, duo ſuffecti. illi conſulatum iniere Kalendis Januariis, hi deinde: more illorum temporum, quem dudum notavit Vir Doctiſſimus, Andreas Alciatus *lib.* 5. *Parerg. c.* 10. Exemplo Ulpiani aptanda nobis nunc eſt ſingulis verbis Senatuſconſulti congruens interpretatio. Tantum præmittam ex primo verſu, cauſam Senatuſconſulto veniſſe ab hoc ſpeciali facto. Defuncto quodam Ruſtico, (id erat homini nomen) aliqui exiſtimantes,

ſe

ſe eſſe ejus heredes, hereditatem diſtraxerunt. deinde nunciatum fiſco eſt, aliquas partes ex bonis Ruſtici eſſe caducas. hiſce petitis fiſci nomine, ſuit quæſitum, quid in præſentia fiſco reſtitui, & in ſimilibus deinceps ſervari, oporteret.

De ea igitur re ſic cenſuit Senatus: *Cum antequam partes caducæ ex bonis Ruſtici fiſco peterentur, hi qui ſe heredes eſſe exiſtimant, hereditatem diſtraxerint, placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ uſuras non eſſe exigendas. idemque in ſimilibus cauſis ſervandum.* Senatus, ut apparet, initio fuit locutus de caducis partibus hereditatis hominis privati: quia ſic evenerat, ut fiſco ex ejus bonis caducæ peterentur partes: ſed Ulpianus in §. 7. *d. l.* 20. animadverſo ex ſequentibus verbis, *Idemque in ſimilibus cauſis ſervandum*, occaſione ſpecialis facti propoſitum eſſe Senatui, generale jus facere, longius porrigit Senatus providentiam: nam idem tenet, etſi ex aſſe caduca fiat hereditas: item ſi vacantia bona fiſco vindicentur, vel ſi ex alia quacumque cauſa bona ad eum pervenerint. Hoc plus ait Ulpianus §. 8. Senatuſconſultum, etſi de fiſco loquatur, æque locum habere, ſi civitati petatur. Item §. 9. addit, illud in privatorum quoque petitionibus ſervari, licet ſit in publica cauſa factum, de eoque neminem ambigere, etiam apparet ex *l.* 1. *C. h. t.* Inſuper ſcribit §. 10. quod non ſolum in hereditate utimur Senatuſconſulto, ſed & in peculio caſtrenſi vel alia univerſitate. Eſt & illa ejus animadverſio, Senatum in hoc verſu quidem loqui de his qui ſe heredes exiſtimant: ſed convenire poſtremæ ejus clauſulæ, in eadem eſſe conditione, ſi qui putent, ſe eſſe bonorum poſſeſſores, vel ſibi reſtitutam eſſe hereditatem §. 13. *d. l.* 20. Non magis omittendum ſuit §. 12. Senatum hic non de omni loqui poſſeſſore, etiam malæ fidei: ſed de ſolo bonæ fidei poſſeſſore. eratque id utile annotari: quia ſic rationem habet, quod ibi vetat Senatus, ab eo exigi uſuras redactæ pecuniæ ex pretio rerum venditarum: non patiente bona fide, eum qui non ſit in mora, uſuras officio Judicis præſtare. Redactam, porro pecuniam Ulpianus §. 15. *d. l.* a Senatu dici cenſet, non ſolum jam exactam, verum & ſi exigi potuit, nec exacta eſt: videlicet quia ei nata venditi actione, jam licebat eam exigere. Expoſitus eſt primus Senatuſconſulti verſus.

Sequitur ſecundus, quid eo Senatus? ait, *Item placere, a quibus hereditas petita fuiſſet, ſi adverſus eos judicatum eſſet, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum perveniſſent, etſi eæ ante petitam hereditatem deperiſſent deminutæve fuiſſent, reſtituere debere.* Ad hunc verſum notata ab Ulpiano ſunt complura. primum eſt in §. 17. *d. l.* 20. quod ſi hereditas a bonæ fidei poſſeſſore (nam de hoc quoque ſolo hic eſt Senatus ſermo) petita, & mox adverſus eum judicatum eſſet, rebus ex hereditate ab eo ante motam controverſiam diſtractis, (nam poſtea prohibita ei alienatio eſt *l.* 5. *h. t.*) eum non debere petitori ipſas reſtituere res diſtractas; ſed earum pretia quæ ad eum perveniſſent. nimirum quia in hoc judicio intelligitur pretium ſuccedere in locum venditi corporis hereditarii, & quodammodo hereditarium fieri *l.* 22. *D. h. t. l.* 18. *D. Quod. met. cauſ. l.* 23. *D. de adim. legat.* etſi in aliis non peræque ſit ita. Voluit tamen Senatus, quod de pretio dictum, tum a poſſeſſore demum reſtitui, ſi ad eum pervenit. igitur ſi exegit: imo etiam, ſi non exegit. ſic enim cenſet Ulpianus *d.* §. 17. *l.* 20. & hac utitur ratione: quod habuit ex vendito actionem, & hac potuit exigere. talis autem in uſu juris rem plerumque habere intelligitur *l.* 15. *D. de reg. jur.* Nec tamen ignorat, alibi minus putari, actionem, quam rem habere *l.* 204. *d. t.* & ideo nec timet, eam ſubtilitatem hic, ex mente Senatus, hac temperare æquitate, quaſi ſufficiat, ubi habet actionem, eum actiones præſtare. Præter hæc obſervat Ulpianus *d. l.* 20. §. 18. Senatum, cum jubet, pretia rerum diſtractarum petitori a bonæ fidei poſſeſſore reſtitui, non poſtulare diſtractas eſſe res hereditarias: ſed res ex hereditate eſſe diſtractas; etſi alioquin non hereditarias: modo pretia ad bonæ fidei poſſeſſorem perveniſſent. ac ſuit hinc dubitatum, re aliena a bonæ fidei poſſeſſore vendita, & ſoluto pretio evicta: oporteatne eum, ſi emptori quod accepit, reſtituit, adhuc petitori pretium reſtituere. movebat dubitationem, quod evicta res ſuit ex hereditate, licet non eſſet hereditaria. nec hoc poterat negari. Sed non placet Ulpiano, hic reſtitui venditionis pretium: quia ut locus ſit ejus reſtitutioni, non eſt Senatui ſatis, diſtractam ex hereditate rem eſſe, niſi pretium ex diſtractione ad poſſeſſorem pervenit. Atqui pervenit; ſolutum quippe. eſto verbotenus: ſed perveniſſe Ulpiano non videtur quod cum effectu non pervenit; id eſt, ita ut permaneret. ſic enim ex diſtracta re ex hereditate poſſeſſor demum locupletior cum injuria petitoris eſſe intelligitur. quod unice cavere Senatui ſuit negotium. quemadmodum exacto indebito, poſſeſſor prima ratione videri poteſt hoc percepiſſe ex hereditate: quamquam diligentiore tractatu habito, nihil pervenit quod aut hereditatis aut ex ea eſſet. Mitto, quod ne hereditatem quidem exacto indebito obligavit ad reſtituendum; ſed ſe tantum: ſicut id non hereditatis, ſed ſuo nomine, exegit: ideoque nec mirum, perinde haberi, ac ſi ad eum nihil perveniſſet *d. l.* 20. §. 18. Ab eodem principio in §. 19. ſic pergit Ulpianus, Si res ſit redhibita, hic utique, id eſt, hoc utique in caſu, & hereditaria eſt, & pretium non venit quod refuſum eſt. Contra quoque in §. 20. ait optime & convenienter benigni-

nitati Senatus, Si ob venditionem obſtrictus emptori ſit poſſeſſor, eum, ne magis in damno, quam in lucro ſit, cautione ſecurum fieri oportere.

Tertium Senatuſconſulti Caput in *l.* 20. §. 6. *h. t.* his exſtat verbis: *Item eos qui bona invaſiſſent, quæ ſcirent ad ſe non pertinere, etiamſi ante litem conteſtatam fecerint, quo minus poſſiderent, perinde condemnandos, quaſi poſſiderent. eos autem qui juſtas cauſas habuiſſent, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaſſent, eo uſque duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti eſſent.* Prior hujus Capitis pars ſpectat ad malæ fidei poſſeſſorem: poſterior ad poſſeſſorem bonæ fidei. Indolem poſſeſſorum malæ fidei deſcribunt hæc Senatus verba: *Item eos qui bona invaſiſſent, quæ ſcirent, ad ſe non pertinere.* Inde Ulpianus *l.* 25. §. 3. *d. t.* Senatum, inquit, loqui de prædonibus, id eſt, de his qui cum ſcirent, ad ſe non pertinere hereditatem, invaſerunt bona: ſcilicet, cum nullam cauſam poſſidendi haberent. Nec minus curioſe obſervat, Senatum, quatenus ad verba attinet, de eo loqui qui ab initio mente prædonis res hereditarias apprehendit. quod ſi ab initio quidem cauſam juſtam habuit, poſtea vero conſcius ad ſe nihil hereditatem pertinere, prædonio more verſari cœpit, de eo nihil Senatum loqui. ſe tamen putare, mentem Senatus & ad eum pertinere: optime præfatus, parvi referre, ab initio quis doloſe in hereditate verſatus ſit, an poſtea hoc facere cœperit *d. l.* 25. §. 3. Potuit & de eo quæri, quem dicat Senatus, *Scire ad ſe non pertinere:* utrum eum tantummodo qui factum ſcit, an & eum qui in jure erravit: arbitratus, recte factum teſtamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus, ſibi potius deferri. Sed non putat Ulpianus, hunc eſſe prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret *d. l.* 25. §. 6.

Præterea ait Senatus, *Si ante litem conteſtatam fecerint.* Hoc vero cur ſit adjectum, Ulpianus §. 7. *d. l.* hanc ſubjungit rationem, quoniam poſt litem conteſtatam omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe: quin imo poſt controverſiam motam. quamquam enim fiat in Senatuſconſulto mentio litis conteſtatæ: tamen & poſt motam controverſiam omnes poſſeſſores pares fiunt, & quaſi prædones tenentur. Fuit forte de hoc dubitatum aliquando: ſed Ulpianus *d.* §. 7. Hoc, inſit, jure hodie utimur: cœpit enim ſcire rem ad ſe non pertinentem poſſidere ſe is qui interpellatur: qui vero prædo eſt, & ante litem conteſtatam doli nomine tenebitur: hic eſt enim dolus præteritus. Quid ergo vult Senatus? eos prædones, etiamſi fecerint ante litem conteſtatam, quo minus poſſiderent, *perinde condemnandos, ac ſi poſſiderent.* id vero ſic accipit Ulpianus: Sive dolo deſierint poſſidere, ſive dolo poſſeſſionem noluerint admittere. addit, ſive ab alio res poſſideatur, ſive in totum non exſtet §. 8. *d. l.* 25. amplius, ſi res exſtet apud emptorem, debere ipſam redimere ac præſtare, aut ſi recipere ab eo nullo modo poſſit, tantum præſtare, quantum in litem juratum eſſet *l.* 20. §. *ult. h. t.* Sic eſt: verba Senatuſconſulti etiam adverſus eum qui non poſſidet, jusjurandum inducunt: ut tam adverſus eum qui dolo fecit, quo minus poſſideat, quam adverſus poſſidentem, in litem juratur §. 10. *d. l.* 25. Sed quæ ex Ulpiano attigi, aliquanto plenius conſideranda ſunt. primum vult, malæ fidei poſſeſſorem, ubi deſiit quæ poſſedit, poſſidere, perinde ad eorum reſtitutionem teneri, ac ſi poſſideret: utique ſi præteritus ejus dolus accuſetur: idemque, ſi ejus culpa ſit *d. l.* 25. §. 2. nam hanc non excipit Senatus; & vel hæc ei merito imputatur, poſtquam placuit, obligationem ea continuari. quid ſi caſu contigerit? jam poſſit ambigi: quaſi magis per caſum factum ſit, quam per poſſeſſorem de quo locutus fuit Senatus. obtinuit tamen, vel hoc nomine teneri eum: hoc colore, quaſi videatur in mora fuiſſe malæ fidei poſſeſſor: rem non reſtituens ei cui debet reſtituere. maxime, ſi petitor rem conſecutus, eam diſtraxiſſet, & verum pretium non perdidiſſet *l.* 20. §. *ult. h. t.* Atqui Senatus ait: *Etiamſi fecerint, quo minus poſſiderent.* Sed non obſtant hæc verba: ut enim non fecerit poſſeſſor, quo minus rem poſſideret: at mora ſua fecit, ne haberet pretium. potuiſſet enim re diſtracta id habere & reſtituere. hoc neglecto, factum eſt ejus culpa, ne haberet. recte igitur vel hoc modo tenetur. Sic: ſi res tota ſit a malæ fidei poſſeſſore amiſſa. quid ſi ſit deminuta, id eſt, uſucapta aut deteriorata? *l.* 21. *D. h. t.* nil mutat Julianus *l.* 54. §. 2. *d. t.* Sed finge, fuiſſe illi neceſſe, facere ſumptum; & hoc cauſari. Ulpiani ſententia eſt *l.* 31. §. 3. *d. t.* quod ſicut habet jus deducendi ſumptum, ſi quem facere habuit neceſſe: ita tenetur rem tueri. alioquin redditurus hujus culpæ rationem: atque eo juſtius, quod Paulus *l.* 53. *h. t.* poſſeſſori etiam concedit alienationem inter alia, ſi impenſæ in rem hereditariam factæ ſunt neceſſariæ, vel ſi mora peritura deteriorve futura erat: quod & traditum *l.* 5. *D. h. t.* Igitur hic quoque ceſſante eo facere quod debet, rationis eſt, intelligi, per eum fieri, quo minus rem reſtituat integram.

Satis dictum, quid juris ſit, ſi malæ fidei poſſeſſor fecerit, ne poſſideret quod ante poſſedit. ſequitur, quid placeat, omiſſo quod ei licuit adquirere. hoc enim reſtat ex diviſione quam fecit Ulpianus in *l.* 25. §. 8. *D. h. t.* Pertinent vero huc pecuniæ a debitoribus hereditariis non exactæ, idcirco quod a malæ fidei poſſeſſore eſt factum, ne exigi poſſent: puta, quod ſivit, actionem inopia debitorum fieri inanem, aut obligationis diem exire. eſt hoc certum, ipſo quid hereditati

de-

debente. a ſe enim poteſt ſemper exigere. idem eſt, ſi quas actiones ex venditione rerum hereditariarum adquiſivit. cæterum (quod Paulus obſervat *l.* 31. §. 4. *D. h. t.*) non poteſt prædoni, cujus nulla eſt actio, imputari, cur ſit paſſus debitores liberari, & pauperiores fieri. Præter ea quæ dixi, tenetur malæ fidei poſſeſſor etiam heredi reſtituere fructus omnes, ſive perceptos & extantes, ſive non perceptos, modo potuerint percipi: debuit enim percipere: alioquin videtur per eum eſſe factum, ne poſſideret *l.* 25. §. 4. *&* 9. *D. & l.* 1. *C. h. t.* Illud eſt jam in anteceſſum annotatum, quod ex fructibus percipiendis ſolos reſtituit qui poſſint honeſte percipi *l.* 33. *D. de rei vindic.* ſed perceptos omni modo tenetur reſtituere *l.* 56. *D. h. t.* id eſt, etſi non potuiſſent honeſte percipi *l.* 27. §. 1. *d. t.* ea ratione quæ eſt in *l.* 28. juncta *l.* 52. *d. t.* Fructibus ſimiles ſunt uſuræ: habere enim vicem fructuum, Ulpianus auctor eſt *l.* 34. *D. de uſur.* nec dubito, quin in oculis habeat præſentem locum: indicio Inſcriptionis, Ulpiani lib. 15. Ad Edictum præferentis: ut notavi *lib.* 3. *De fœnor. & uſur. c.* 12. Summa Ulpiani eſt: quod malæ fidei poſſeſſor ex Senatuſconſulto quod præ manibus habemus, in hereditatis petitione tenetur heredi tam uſuras ex pecunia hereditaria perceptas reſtituere, quam fructus ex rebus hereditariis perceptos: hac, ut videtur, ratione, quod uſuræ obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus ſeparari. certe in legatis & fideicommiſſis & in tutelæ actionibus & in cæteris bonæ fidei judiciis ita obſervatur. quid ni igitur in petitione hereditatis? cum vel ipſa bonæ fidei habeatur. ſed potuit malæ fidei poſſeſſor uſuras velut fructus pecuniæ a ſe tractatæ aut debitæ exigere. id igitur niſi fecit, poteſt videri per eum eſſe factum, quo minus haberet. Cæterum obſervandum, quod ut ab eo debentur uſuræ pecuniæ hereditariæ, ſi eam tractavit, id eſt, ſi ea uſus eſt, eoque modo quantitatem natura ſterilem, induſtria ſua fecit fertilem: ita ab illo non debentur ex pecunia quam non attigit *l.* 20. §. 14. *h. t.* propterea quod eam non habuit in modum quantitatis, ſed corporis, & quidem ſterilis in hereditate reperti: ex quo uſuras jure civili non deberi, demonſtravi *lib.* 1. *De fœnor. & uſur. c.* 2. Aliquis dicat, malæ fidei poſſeſſorem non minus ob percipiendos, quam ob perceptos, fructus teneri. Sed neſcio, an in præſente caſu interſit inter fructus & uſuras: quamquam alias comparentur: nempe, ne malæ fidei poſſeſſor cogatur pecuniam ſuo periculo fœnerari: quod non eſſe æquum, bene cenſet Papinianus *l.* 62. *D. de rei vindicatione.* Scrupulum tamen his injicit epiſtola Severi & Antonini *l.* 1. *C. de his quib. ut indig.* ipſi, ne de aliis dicam, moleſta Ulpiano: certe hanc mire torſit *l.* 20. §. 12. *D. h. t.*

Placet igitur Senatui, inſtituta petitione hereditatis & adverſus bonæ fidei poſſeſſorem judicato, eum pretia rerum ex hereditate diſtractarum, quæ perveniſſent, petitori reſtituere: & quidem indiſtincte, ſive illæ res poſt petitam hereditatem extent apud emptorem, ſive ante deperiſſent, deminutæve eſſent: nam ut res eæ perierint aut deminutæ ſint apud emptorem, ideoque eas reſtituere non cogatur bonæ fidei poſſeſſor; bona fide eum a damno excuſante: tamen ex pretiis quæ perveniſſent, locupletiorem fieri cum injuria petitoris, iniquum eſt *d. l.* 20. §. 21.

Illud quale, quod ait Senatus, eum *debere* pretia quæ perveniſſent, reſtituere? Utrum enim vult, ipſa reſtituere pretia rerum diſtractarum; an, prout eligat, reſtituere vel pretia diſtractarum rerum, vel ipſas res diſtractas? Mihi poſterius non eſt improbabile: & quod ait Senatus, pretia debere reſtituere, non eſſe neceſſitatis, ſed facultatis & arbitrii: adeo debere pretia reſtituere, niſi malit res ipſas reſtituere: alterutrum igitur reſtituere volentem poſſe, nolentem non cogi. hoc modo *debere* verbum ſæpius accipitur alibi: in præſenti autem ſic intelligendum eſſe, res loquitur: cum melioris conditionis eſſe non oporteat malæ, quam bonæ, fidei poſſeſſorem. id certe ratio prohibet *l.* 13. *D. de noxal. act.* nec minus benignitas Senatus, tantum bonæ fidei poſſeſſori in re juſta omni quidem modo conſulentis; ſed interim quod favoris ac beneficii eſt, invito non obtrudentis. Senſit hoc egregie Paulus *l.* 22. *D. h. t.* & intererit ejus verba conſideraſſe, cum etiam alia hinc conſequentia demonſtret. Verba Pauli: *Si rem & pretium habeat bonæ fidei poſſeſſor, puta, quod eamdem rem emerit: an audiendus ſit, ſi velit rem dare, non pretium? in prædone dicimus, electionem eſſe debere actoris. an hic magis poſſeſſor audiendus ſit, ſi velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, ſi pretium deſideret, quod inverecundum ſit tale deſiderium; an vero quia ex re hereditaria locupletior ſit, & id, quod amplius habet ex pretio reſtituere debeat: videndum. nam [&] in Oratione Divi Hadriani ita eſt:* Diſpicite, Patres Conſcripti, numquid ſit æquius, poſſeſſorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia poteſt exiſtimari, in locum hereditariæ rei venditæ, pretium ejus ſucceſſiſſe, & quodammodo ipſum hereditarium factum. *Oportet igitur poſſeſſorem & rem reſtituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus eſt.* Conſilium Senatus fuit, in petitione hereditatis judicato adverſus poſſeſſorem bonæ fidei, cum eo clementer agere: itaque re aliqua ex hereditate ab eo diſtracta, cenſere eum poſſeſſorem oportere vero heredi reſtituere rei diſtractæ pretium quod ad eum pervenerit: niſi malit, ei rem ipſam reſtituere. Hoc ut verum, ita manifeſte ſupponit Paulus: & hinc porro quærit, an poſſeſſor qui rem diſtractam &

de-

Digitized by Google

deteriorem factam, deinde ab emptore redemerit, id eſt, rurſus emerit, ſed jam minore pretio, ſit audiendus; malens petitori rem reſtituere, quam pretium, niſi quod amplius ex eo habet, ei præterea offerat. Vides quæſtionem, & hanc poſſe ex ſententia Pauli tantum uſum habere in bonæ fidei poſſeſſore: quia ejus ſolius hac in parte electio eſt. in prædone autem non invenire uſum: ubi in eo dicimus, electionem non ejus, ſed petitoris eſſe certo jure. Igitur omiſſo prædone, Paulus de ſolo diſputat bonæ fidei poſſeſſore, in eoque ſubdubitat, an is *hic* (id eſt, hoc in caſu, ut ſæpe alias) eligens tradere rem deteriorem factam, potius ſit audiendus, quam petitor, pretium deſiderans. primum cauſatur, inverecundum eſſe petitoris deſiderium; præter oblatam ei rem etiam pretium, id eſt, quod ex pretio amplius apud eum ſit, poſtulantis. deinde e diverſo cogitans, poſſeſſorem, quatenus rem redemit, parte ejus quod accepit, eſſe ex diſtracta redemptaque re hereditaria locupletiorem factum, putat hoc magis convenire Orationi D. Hadriaoi; (quam ſecutum eſt præſens Senatuſconſultum) nam eam nolle, bonæ fidei poſſeſſorem facere lucrum ex venditione rei hereditariæ. confitetur igitur in fine *d. l.* 22. Paulus, oportere poſſeſſorem heredi præter rem reſtituere quod ex rei venditione lucratus eſt. Incurrit & ſequens apud Ulpianum deliberatio *l.* 23. *D. h. t.* utrum debeat bonæ fidei poſſeſſor omne pretium reſtituere: an ita demum, ſi ſit locupletior factus. finge, perdidiſſe, vel conſumpſiſſe, vel donaſſe pretium acceptum. quid placet Senatui reſtitui? pretia quæ ad bonæ fidei poſſeſſorem perveniſſent. Sed *pervenire* eſt ambiguum verbum, quod poteſt ſolum continere id quod prima ratione fuerit: etiam poteſt ad effectum reſpicere: ut perveniſſe demum videatur quod durat. Utra igitur placet ſignificatio? poſteriorem probat Ulpianus: arbitratus, ambiguitatem præſentis clauſulæ Senatuſconſulti, tolli per ſequentem: *Eos autem qui juſtas cauſas habuiſſent, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaſſent, uſque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti eſſent.* Tractatus hic qui ex Senatuſconſulto venit de reſtitutione pretii petitori facienda a bonæ fidei poſſeſſore, ſi quod ad eum ex re diſtracta pervenit, alicui putetur longior: ſed non eſt viſa Ulpiano longa quæ erat neceſſaria: quod adhuc poſſet ambigi; utrum ſolum deberet reſtitui pretium rei ex hereditate diſtractæ; an aliud præterea ſecutum ejus augmentum. pone: pœna pervenit ob pretium tardius ſolutum, quid debet reſtitui? Senatus de pretio loquitur: de pœna ſilet. quia tamen in totum locupletior iſta acceſſione factus eſt poſſeſſor: æquitatis fuerit, etiam pœnam reſtitui; licet Senatus, quantum ad verba, de ſolo pretio loquatur. atque hoc convenit clauſulæ, ex Senatuſconſulto paulo ante adductæ. nec timet Ulpianus ex ea ad hunc modum diſputare *l.* 23. §. 1. *h. t.* his verbis: *Proinde ſi non ſolum pretium, ſed etiam pœna tardius pretio ſoluto pervenerit, poterit dici quia locupletior in totum factus eſt, debere venire: licet de pretio ſolummodo Senatus ſit locutus.* Etiam in *l.* 25. (quæ eſt conjungenda cum *d.* §. 1. *l.* 23. ſicut olim ei cohæſit, monſtrante utriuſque Inſcriptione) mox ſic idem pergit Ulpianus: *Sed & ſi lege commiſſoria vendidit, idem erit dicendum, lucrum quod ſenſit, lege commiſſoria præſtaturum.* Nec tamen intercedo, quo minus Paulus intermedia *l.* 24. contra ſic præcipiat æque recte: *At ubi vi dejectus fuit, non debet reſtituere pœnam ex eo commiſſam.* cedo, qua ratione? Paulus ait: *quod eam actor habere non poteſt.* nimirum, quia injuriam vi illatam ipſe paſſus eſt bonæ fidei poſſeſſor: heres, id eſt, petitor, eam paſſus non eſt: eoque ad illum magis, quam ad hunc redire eam pœnæ utilitatem, rationis eſt. Ejuſdem farinæ eſt, quod mox addit Paulus: *Sic nec pœna reſtitui debet, quam adverſarius ei promiſit, ſi ad judicium non venerit.* Opinor, quia non heres, ſive petitor, eam eſt ſtipulatus, ſed poſſeſſor bonæ fidei; atque occaſione quidem hereditatis, ſed non ex hereditate, aut re hereditaria. adeo valde probo hoc Ulpiani *l.* 20. §. 3. *D. h. t. Hereditas & augmentum recipit, & deminutionem. Sed ea quæ poſt aditam hereditatem accedunt, ſi quidem ex ipſa hereditate, puto hereditati accedere: ſi extrinſecus, non; quia perſonæ poſſeſſoris accedunt.* Finiam hanc partem, ſi ex *d. l.* 25. §. 1. *h. t.* adſcripſero hoc Ulpiani: Item ſi rem diſtraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium ſuum convertit. Sed ſi res minoris valet, quam comparata eſt: hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum ſi conſumpſiſſet, in totum locupletior factus non videbitur.

Attigi pleraque omnia quæ Senatus in poſſeſſore malæ fidei obſervari cenſuit. Unus ſupereſt ſcrupulus, atque ipſe non negligendus, in his Senatuſconſulti verbis, *Perinde condemnandos, quaſi poſſiderent.* manifeſte enim volunt, poſſeſſorem malæ fidei, res hereditarias quas deſiit poſſidere, perinde quaſi poſſideret, petitori reſtituere: nec ſinunt, ſi petitor malit habere pretia rerum venditarum cum uſuris, quam ipſas res cum fructihus, eſſe Judicis, electionem petitori hac in ſpecie permittere. non enim faciunt ejus indulgentiæ mentionem. quin diſtricte jubent, malæ fidei poſſeſſorem, perinde ac ſi rem poſſideret, ad ejus reſtitutionem condemnari. Subverecunde tamen ſibi ſumit Ulpianus, ut electionem petitori permittat ex Senatus mente, cum verba reſiſtant *d. l.* 20. §. 12. & 16. meo judicio non male. non enim minus hereditaria ſunt pretia rerum venditarum, quam res diſtractæ

ſtractæ *l.* 22. *D. h. t.* ac ſi res quæ periit, diſtracta eodem modo fuiſſet apud petitorem peritura: non idcirco minus is pretium conſequatur; alioquin nihil habiturus, ſi poſſeſſor tantum ad rem venditam teneretur *l.* 33. §. 1. *D. h. t.* Atque hanc Ulpiani benignitatem Paulus *l.* 36. §. 3. *d. t.* firmat argumento ab abſurdo, quod eſt fortiſſimum. id argumentum eſt, Ne melior ſit conditio prædonis, quam poſſeſſoris bonæ fidei: quem Senatus voluit pretia rerum diſtractarum reſtituere, etſi hæ poſtea perierint *l.* 20. §. 17. *d. t.* putemus igitur, hæc Senatus verba, *Perinde condemnandos* (malæ fidei poſſeſſores) *quaſi poſſiderent*, ſic eſſe accipienda: quaſi jubeat Senatus, eos condemnari, ſi petitor cujus gratia id Senatui placuit, eos velit condemnari rerum ipſarum nomine: adeoque magis ad coërcendum malæ fidei poſſeſſorem, quam ad coarctandum jus petitoris, pertinere. poteſt igitur hic, ſi velit, ſuo uti jure: ſi nolit, non cogitur. Sed de malæ fidei poſſeſſore vel nimis.

Tranſeo ad poſſeſſorem bonæ fidei: de quo ex *l.* 20. §. 6. *h. t.* ſupra attuli hæc Senatusconſulti verba: *Eos autem qui juſtas cauſas habuiſſent, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaſſent, uſque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti eſſent.* Senſus eſt: quod bonæ fidei poſſeſſor (qualis Senatui eſt qui habuit juſtas cauſas, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaret) antequam hereditatem alienam eſſe, vel lite conteſtata, vel aliter reſciſcat, de rebus quidem extantibus tenetur: de his autem quæ deſiit poſſidere, niſi quatenus locupletior ſit, non tenetur: licet fecerit, quo minus haberet: non dicam dolo malo, (nam is cum bona fide concurrit numquam) ſed culpa. quia enim quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelæ ante petitam hereditatem eſt ſubjectus: poſtea & ipſe prædo habetur *l.* 31. §. 3. *h. t.* ad eumque, tamquam talem, incipit pertinere rerum periculum quod ante ad heredem pertinebat. poſſitque huc trahi, quod Paulus *l.* 40. *D. d. t.* monet in Oratione D. Hadriani eſſe: *Ut poſt acceptum judicium id actori præſtetur quod habiturus eſſet, ſi eo tempore quo petitur, reſtituta eſſet hereditas.* Eſt ſane hoc ſervandum, quatenus attinet ad fructus, etiam ad ſumptus faciendos *l.* 31. §. 3. *D. h. t.* In aliis, quod idem animadvertit Paulus, poteſt illud interdum durum eſſe. non difficili differentiæ ratione: licuit enim bonæ fidei poſſeſſori, non negligere res hereditarias. præterea debet ſibi imputare, ſi non percepit fructus, quos potuit percipere. at ne pereant ſuo fato animalia aut mancipia, qua diligentia præſtare poteſt? Interim ſi deperierint poſt litem conteſtatam; ait Paulus, bonæ fidei poſſeſſorem ſubtilitate Orationis etiam hoc nomine teneri: quia illa omnes poſſeſſores, poſt litem conteſtatam, pares ſunt. ſed id, ut Paulus ait, aliquando non ſine duritie; ut juſtum ſit in perſona ejus qui res hereditarias ab initio mente prædonis apprehendit, Orationis verba obſervari. cur enim petitori cujus hereditatem eſſe ſciebat, quod ex ea poſſidebat, ultro non reſtituit? potuiſſet certe petitor diſtraxiſſe recepta mancipia aut animalia. idem in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non omnis quidem; ſed qui poſt litem conteſtatam, conſcius, hereditatem ad ſe non pertinere, cœpit prædonis more verſari. cæterum aliud eſt, ſi ſe ad judicium juſte provocare exiſtimet: nam hic idcirco per litis conteſtationem non ſit prædo. quin contra Paulus *l.* 24. *D. de uſuris* hunc in mora non eſſe, palam profitetur. De hoc igitur accipiamus illud ejuſdem Pauli *d. l.* 40. *Nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem præſtare, aut propter metum hujus periculi, temere indefenſum jus ſuum relinquere.*

Bonæ igitur fidei poſſeſſor, quamdiu hereditatem alienam eſſe ignorat, de his quæ deſiit habere ut ut ſuo facto, ſuaque culpa, niſi locupletior factus, non tenetur. factus autem putatur locupletior; ſi aliquid habet, eo quod hereditatem poſſidet: alioquin non habiturus. fac: aliquid ad eum venit, aut in rem ejus verſum eſt, non quidem occaſione hereditatis: ſed ex ipſis rebus hereditariis, aut pro ipſis, ipſarumve uſu. interim caſus in quibus locupletior factus eſt, aliquos ſupra obſervat Ulpianus *l.* 20. §. 3. *l.* 23. §. 1. *l.* 25. *pr.* & §. 1. *d. t.* nec contrarios deſiderari paſſus §. 11. *d. t.* Ipſos utriuſque generis rurſus non enumero; ne faſtidium pariat prolixitas. quare nec vicinos alios attingam, ex *d. l.* 25. §. 12. & *ſeqq.* cum præſertim illic quæri & videri poſſint.

Illud lubet inquirere, quo tempore debeat bonæ fidei poſſeſſor locupletior intelligi: utrum litis conteſtatæ, an rei judicatæ. Paulus *l.* 36. §. 4. *D. h. t.* ait dubitari: ſed cauſam non apponit. Mihi hæc ſuccurrit: quod Senatui placuit, bonæ fidei poſſeſſorem, poſt litem conteſtatam, haberi prædonem; indeque amiſſa poſſeſſione, perinde condemnari, ac ſi poſſideret. proinde quæſito, quo tempore debeat locupletior dici; vix aliud videatur aptum, quam litis conteſtatæ. Sed videamus: ne illa ſeveritas Senatus qua de monui, circa bonæ fidei poſſeſſorem, non peræque in omnibus ſervetur. fateor: præcipit Senatus, bonæ fidei poſſeſſorem poſt litem conteſtatam, perinde condemnari, ac ſi poſſideret. idque & Oratio D. Hadriani voluit *l.* 40. *D. h. t.* Sed Paulus *d. l.* 40. animadvertit, illam regulam in perſona poſſeſſoris bonæ fidei interdum eſſe duram. quippe reſiſtere favorem bonæ fidei, ne cogatur temere jus ſuum indefenſum relinquere. quid ſi idem ille favor etiam movit Paulum in *d. l.* 36. §. 4. neglecto rigore Senatusconſulti, tempus quo locupletior eſſe debeat bonæ fidei poſſeſſor, potius a re judicata, quam ab accepto judicio æſtimare: ne poſſeſſor, propter bonam fidem, facile

 dam-

damnum ferat ex poſſeſſione alienæ hereditatis *l.* 25. §. 11. *D. h. t.* amiſſis poſt litem conteſtatam rebus quas ante poſſedit. Atqui omnes poſſeſſores, poſt litem conteſtatam, pares ſunt. in prædonibus vero, quo tempore locupletiores ſint, non diſtinguimus. Sed refert, quod prædones, etſi non ſint locupletiores, omnimodo tenentur. at bonæ fidei poſſeſſor non tenetur: cum non eſt locupletior: & præterea juſte provocavit ad judicium; eoque ſuſcepto non cœpit eſſe poſſeſſor malæ fidei. ſic enim ejus neque culpa, neque mora eſt *l.* 24. *D. de uſuris.* præſtatio autem eorum quæ non accepit aut amiſit, quid eſt, niſi pœna moræ aut culpæ? Ita ſit bonæ fidei poſſeſſor poſt litem conteſtatam certo reſpectu pro prædone: at non is idcirco in omnibus & per omnia prædo habetur.

Intellecto, quemadmodum petitori Judicis officio provideatur; eo ne poſſeſſor quidem negligendus eſt. id enim non ſinat natura actionis bonæ fidei: volentis, quidquid oportet, hinc inde præſtari ex fide bona. Sed ante omnia ſciendum, poſſeſſorem, petitore non probante, ſuam eſſe hereditatem, ab ejus intentione abſolvi. Non minus certum eſt, adminiſtrationem hereditatis, pendente incerto litis, poſſeſſoris eſſe. cum enim æquum ſit, poſſeſſionem, donec cauſa cognoſcatur, apud poſſeſſorem manere: cur iniquum ſit ei interim relinqui adminiſtrationem. Hanc vero cum ei damus; volumus, eum ſingula diligenter tueri & colere; eumque in finem impenſam facere: quod ſi negligat; culpæ nomine obligari: niſi ſit bonæ fidei poſſeſſor *l.* 54. §. *ult.* & *l.* 31. §. 7. *D. h. t.* utique ante litem conteſtatam. nam poſt eam omnes poſſeſſores pares ſunt *l.* 25. §. 7. & 8. *d. t.* Non minus poteſt æs alienum, ſi quod ſit in hereditate ſolvere: ne creſcentibus uſuris aut diſtractis pignoribus, hereditati damnum inferat *l.* 53. *D. h. t.* Interim poteſt vel hoc nomine, quod ei abeſt, deducere *d. l.* 31 §. 7. De alienatione rerum hereditariarum videamus. Sed non puto, hanc ei competere, utique ſuo jure. non eſt enim hereditatis, quam adminiſtrat, dominus. proinde nec eſt ei jus, facere quo præjudicium faciat petitioni hereditatis. quin ſi tale quid inſtituat ante litem conteſtatam; eſt a Prætore, poſtulante petitore, alienare prohibendus *l.* 5. *D. h. t.* idemque eſt poſt litem conteſtatam; qua nemo ſuam conditionem facit deteriorem *l.* 29. *D. de novat.* Nec tamen hoc impedit, quo minus ei parato, petitori ſatiſdare pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus reſtitutione alienatio permittatur. cauſa autem cognita, etſi non ſit data ſatiſdatio, ſed ſolita cautio, (quæ extat apud Paulum *lib.* 1. *Sent. tit.* 19. §. 1.) edixit Prætor, ſe deminutionem, etiam poſt litem cœptam, conceſſurum. nempe, ne deminutio in totum deminuta, etiam alia commoda impediat *d. l.* 5. *h. t.* exempla ſunt ibidem, atque in *l.* 53. *d. t.* egregia.

Proxima erit deliberatio; an jus ſit poſſeſſori hereditatis, ejus debita exigere a debitoribus hereditariis, aut res hereditarias a poſſeſſoribus vindicare. Occurrit illa in *l.* 49. *D. h. t.* in qua Papinianus ponit exemplum in poſſeſſore bonæ fidei: opinor, quia nullum jus eſt poſſeſſoris malæ fidei. atqui bonæ fidei poſſeſſor, poſt litem conteſtatam, ſit malæ fidei. Sed jam in anteceſſum dixi, quod non idcirco tenetur jus ſuum temere indefenſum relinquere. Igitur non ſit heres, nec dominus, cujus præſertim eſt actiones in rem aut in perſonam exercere: ſi quo tamen caſu eas exerceri neceſſe eſt; an ubi non licet facere aliter, ulla patitur ratio, eum ab his arceri? evenit hoc, quoties eſt periculum, ne facile pereant actiones, quod ſunt temporales, & brevi exſpiraturæ, vel quod debitor labitur facultatibus, poſſeſſorve rei mobilis de fuga eſt ſuſpectus. Hoc vero eo lubentius permiſero: quia in tali periculo intereſt hereditatis, ut aut res aut actiones futuro heredi vel ſic ſerventur: ne quis metuat, hereditati fieri præjudicium. quid, ſi nec intereſt poſſeſſorum talium rerum, adverſus ſe non agi: cum præſertim judicio victi, ſi amittant poſſeſſionem, deſinant eas poſſidere ſine dolo & culpa *l.* 58. *l.* 36. §. 1. *D. de rei vindic.* præterea poteſt debitoribus hereditariis a victore conſuli cautione, Se, ſi judicio de hereditate vincatur, eis quod accepit, reſtituturum, aut eos adverſus heredem defenſurum. Cæterum putat Papinianus *d. l.* 49. *h. t.* quod de bonæ fidei poſſeſſore dixi, etiam poſſe in petitore obſervari: ut vel ei concedatur agere aut in rem aut in perſonam: non quidem ex ſubtili jure; ſed, ut ſupra dixi, ex æquitate: urgente neceſſitate, ob negligentiam poſſeſſoris, & tum citra metum exceptionis, Niſi præjudicium petitioni hereditatis fiat. At enim Papiniano obſtrepit Julianus *l.* 13. *D. de exceptionib.* ſic ſcribens: *Si poſt litem de hereditate conteſtatam res ſingulæ petantur: placet non obſtare exceptionem*, Quod præjudicium petitioni hereditatis non fiat. *futuri enim judicii, non facti nomine, hujuſmodi exceptiones comparatæ ſunt.* Quid dicimus? Verba hæc, *poſt litem conteſtatam*, ab Accurſio accipi, quaſi diceret Julianus, poſt litem conteſtatam & finitam: & Accurſio ſuffragari Jacobum Cujacium *lib.* 9. *Obſerv. c.* 27. Ipſe lubenter accederem Doctiſſimis illis Viris: ſi ſineret ratio. nunc cepi conſilium, expuncto verbo, *conteſtatam*, legere, *Si poſt litem de hereditate res ſingulæ petantur.* Nimirum ſum perſuaſus, verbum *conteſtatam*, eſſe Gloſſatoris: exiſtimantis, Juliano excidiſſe. quod non puto: ille *poſt litem* dixit ſimpliciter, eaque loquendi forma litem finitam ſignificavit. fidem dicto faciunt ſequentia Juliani verba: *Futuri enim judicii, non facti nomine hujuſmodi exceptiones comparatæ*

tæ ſunt. Nam *futurum judicium* quid eſt, niſi judicium nondum ſuſceptum, ſive judicium per litis conteſtationem adhuc ſuſcipiendum. at judicium *factum* eſt, finitum, ſeu peractum, Judicis ſententia. ſic *judicium facere* eſt, judicare, cum apud Paulum *l.* 58. *D. de rei vindic.* tum apud Terentium, Ciceronem, Livium: ut ipſe inter alios curioſe obſervavit D. Cnjacius *d. loc.*

Similis vertitur quæſtio: an poſſeſſor hereditatis, aut etiam petitor, a creditoribus hereditariis conventus, teneatur eis reſpondere? Nam ambo ſe ferunt pro heredibus: ac ſi aut hic aut ille conveniatur a creditoribus; non fuerit abſurdum, eum ex ſua profeſſione teneri tamquam debitorem. Contra poteſt vel hic eſſe metus; ne noceat exceptio, Extra quam ſi fiat petitioni hereditatis præjudicium. Verum fuiſſe hac in parte non unam Veterum ſententiam, apparet ex *l. ult. C. h. t.* etiam circa libertatem fuiſſe dubitatum, indicat *l.* 7. *D. h. t.* Sed varietatem ſuſtulit Juſtinianus *d. l. ult.* poſita in pleriſque nova forma: quam ibi, cui lubet, licet legere. ſaltem ſuadeam, notari, mota hereditatis petitione intereſſe inter petitorem & poſſeſſorem; ntrum alteruter cum debitoribus hereditariis experiatur, an a creditoribus hereditariis conveniatur. conveniri enim ex hac lege poſſunt ſine metn exceptionis: agere non poſſunt, præterquam ſi eſt periculum; ne actiones moriantur inter moras litis.

Plane, cum poſſeſſori hereditatis adminiſtrationem pendente lite indulſimus, non eſt opus admoneri, ei indemnem eſſe oportere. Proinde ſi quid caverit hereditatis nomine, æquiſſimum eſt, eum illo onere liberari. *l.* 40. §. 3. *D. h. t.* Nec minus ei jus eſt, impenſas, ſi quas fecerit in res hereditarias, dum eas colit, aut tuetur, aut dum æs alienum ſolvit, aut dum pecunias debitas judicio perſequitur, de hereditate deducere, in primis neceſſarias aut utiles: nam voluptarias, cum poſſint inutiles aut ſupervacuæ videri, non deducit. tantum fit ei poteſtas tollendi quod poſuit, ſi extet; modo rem non faciat deteriorem. Hæc ſumma *l.* 36. §. *ult.* & *legib. ſeqq. D. h. t.* ſed forte alibi uberius tractabitur. Saltem poſtulat locus præſens abſolvi, quod de ære alieno, ut eſt proprium petitionis hereditatis, cœpi dicere. Igitur ſolet quæri: an poſſeſſor hereditatis poſſit æris alieni ſolutionem, creditoribus hereditariis, aut qui pro talibus habentur, a ſe factam, de hereditate deducere? Facile intelligitur; ſi profutura hereditati ſit ſolutio, pari ratione deduci, ac impenſas alias neceſſarias aut utiles. quod ſi non ſit profutura; non magis deduci, quam impenſas cæteras inutiliter factas. profutura autem, ut hoc addam, videtur ſolutio, hereditatem liberatura a debito: alioquin inutilis habetur. Quid igitur eſt, ſi indebitum ſolvit poſſeſſor? nihil deducit *l.* 20. §. 18. *D. h. t.* quia nihil ad hereditatem pertinet indebitum ſolutum: præterquam ſi bonæ fidei poſſeſſor, occaſione inutilis teſtamenti quod omni modo ratum credebatur, indebitum ſolverit legatum aut fideicommiſſum: tum enim quia voluntas teſtatoris cui parendum erat, dedit errori cauſam; fuerit æquitatis, eum hanc ſolutionem de hereditate deducere, ceſſis heredi adverſus eum, qui indebitum accepit, actionibus *l.* 17. *D. h. t.* Ita, ſolnto a poſſeſſore indebito. Quid, ſi debitum ſolverit? hoc ſi hereditatis nomine ſolverit: non eſt cauſa, cur heres quem liberavit, id imputari ſibi nolit. Optime Antoninus *l.* 5. *C. h. t.* Verba Antonini: *De hereditate quam bona fide poſſidebas, ſi contra te pronunciatum eſt: in reſtitutione ejus detrahetur quod creditoribus ejuſdem hereditatis exolviſſe te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus qui ſuum receperunt, non poteſt.* Eſto ſic in poſſeſſore bonæ fidei, de quo loquitur Antoninus. ſed de poſſeſſore malæ fidei quæris? nihil muto: cum vel huic liceat, ſicut unicuique alii, pro alio etiam invito, ſolvere, id eſt, eum debito liberare, eoque ejus conditionem facere meliorem *l.* 23. & *l.* 24. *D. de ſolut.* Rem dixi: niſi adhuc tollenda difficultas una aut altera, quam offundunt Antonini verba. prior eſt: quod is diſerte loquitur de poſſeſſore bonæ fidei: nihil autem addit de poſſeſſore malæ fidei. Sed noli facere argumentum a contrario: non enim eſt, qua de agitur, Lex generalis: ne putes. tantum eſt Reſcriptum ad factum, a quadam Poſthumiana Antonino oblatum: in quo illa, ut erat bonæ fidei poſſeſſor, hereditario nomine ſolutionem fecerat bona fide. de hoc igitur caſu, de quo ſolo conſultus fuit, ut par erat, reſcripſit Antoninus: idem etiam de contrario caſu ſi fuiſſet conſultus, reſcripturus fuit. Altera difficultas eſt, unde conjiciatur, (quod dixi) in *d. l.* 5. verti, ſolutionem a poſſeſſore factam fuiſſe nomine hereditario: cum illa in lege ejus veſtigium nullum reperiatur. præbet tamen argumentum conjecturæ meæ ſubjecta ratio: *Nam repeti a creditoribus qui ſuum receperunt, non poteſt.* Hæc certe ratio evincit, ab Antonino tractari caſum in quo non poteſt poſſeſſor ſolutum a creditoribus qui ſuum receperunt, repetere; & ideo habet jus ab hereditate hoc deducendi. quod aliter eſt, ubi quis falſo putans ſe heredem creditori hereditario, quaſi ipſe debeat, ſuo nomine ſolvit: tum enim neque verus heres liberatur, & is quod dedit, repetere poteſt; quamvis ſic creditor accipiat ſibi debitum; tantum quod is qui dat, non debitum dat *l.* 19. §. 1. *l.* 65. §. *ult. D. de condict. indeb.* Hoc, ſi poſſeſſor debitum hereditatis creditoribus hereditariis ſolvit hereditatis nomine. Reſtat, quid juris ſit: ſi ſuo nomine ſolvat. Ea quæſtio explicatur ab Ulpiano *l.* 31. *D. h. t.* Erat vero dubitatio: quod poſſeſſor debitum ſolvens ſuo nomine, petitorem

hereditatis non liberat ipſo jure: certo, ſolventem ſuo nomine quod alius debet, debitorem non liberare; eo quod non voluit eum liberare. placuit tamen Ulpiano, poſſeſſorem, ſi quid creditoribus ſuo nomine ſolvit, id petitori reputaturum: modo malit, ſolutum apud creditorem remanere, quam ab eo quaſi indebitum condicere. tum enim quamquam petitorem ipſo jure non liberavit a creditoribus hereditariis: utique liberavit eum per exceptionem doli mali: non patiente bona fide, idem a creditore bis exigi *l. 57. D. de reg. jur.* nullo diſcrimine, utrum ipſo jure tutus ſit petitor, an per exceptionem *l. 112. D. eod. tit.* Hoc ex Juliano Ulpianus *d. l. 31.* in utroque poſſeſſore tam malæ, quam bonæ, fidei: maxime, ſi malæ fidei poſſeſſor paratus ſit cavere, petitorem a ſe defenſum iri. quod a bonæ fidei poſſeſſore non deſideratur: quia huic ſufficit, ſi paratus ſit, indebiti condictionem quam adverſus creditores habet, petitori cedere. cæterum non eſt locupletior factus, eoque non ulterius Senatuſconſulto tenetur *d. l. 31.* Malæ fidei poſſeſſor contra non poteſt cedere indebiti condictionem: quia ut ſciens quod non debebat ſolvit, ſic non habet condictionem. tenetur igitur, quod ſupereſt, cavere, petitorem adverſus creditores a ſe defenſum iri. petitor etiam, ſi a creditoribus conveniatur, ut poteſt ſubtili jure, exceptione uti debet *d. l. 31.*

Poſtremus Senatuſconſulti verſus eſt: *Petitam autem fiſco hereditatem ex eo tempore exiſtimandum eſſe, quo primum ſcierit quiſque eam a ſe peti, id eſt, cum primum aut denunciatum eſſet ei, aut literis vel epiſtolis evocatus eſſet cenſuerunt.* Ad hanc clauſulam in §. 11. *l. 20. h. t.* extat juſtus Ulpiani commentarius, neq quæres aptiorem aut pleniorem.

TITULUS IV.

Si pars hereditatis petatur.

Poſt actionem quam propoſuit Prætor ei qui ad ſe ſolum hereditatem pertinere contendit, conſequens fuit, & ei proponere qui partem hereditatis petit *l. 1. D. h. t.* quia alicubi eſt differentia, ut eodem redeant pleraque. Verba autem Prætoris ſic reſtitui poſſe, mihi perſuadeo. *Si pars hereditatis petatur: ei qui eam partem ſuam eſſe dicet, adverſus eum qui eam pro herede vel pro poſſeſſore poſſidebit, judicium dabo: ut ea pro indiviſo reſtituatur. Interdum cauſa cognita, etſi incerta pars petatur, judicium dabo.* Prima verba, *Si pars hereditatis petatur*, deſumpſi ex Rubrica. Sequentia, *Ei qui eam partem ſuam eſſe dicet*, extant *l. 1. §. 1. D. h. t. & l. 10. §. 1. D. de petit. hered.* Hæc, *Adverſus eum qui eam pro herede vel pro poſſeſſore poſſidebit*, attingit *l. 10. D. h. t.* Illa, *Ut ea pro indiviſo reſtituatur*, indicat *l. 7. D. h. t.* Verſus ultimus, *Interdum, cauſa cognita, etſi incerta pars petatur, judicium dabo*, colligitur ex *l. 1. §. ult.* Primis verbis indicat Prætor, quando faciat huic actioni locum. nempe, ſi pars hereditatis petatur: id eſt, pars certa. oportebat enim petitorem, ſi non totam peteret hereditatem, deſignare, quantam peteret partem: ut ſciret poſſeſſor partem de qua lis eſſet, & quam eum oporteret reſtituere: non minus debebat Judex intelligere partem, de qua eſſet cogniturus, & pronunciaturus. Pollicetur igitur Prætor hanc actionem, ſi pars hereditatis petatur. fit tamen interdum; ut, qui hereditatem totam ſuam dicit, non ad totius, ſed tantum ad partis, petitionem admittatur. fac: aliquis petit, totam hereditatem ſuam eſſe; poſſeſſor dicit, ſe partem cedere, & de parte velle litigare: quia dicit, ſe pro parte heredem eſſe. quæritur, an ſit audiendus? proponit hanc quæſtionem Julianus in *l. 8. D. h. t.* quæ eſt conjungenda cum *l. 21. D. de reb. cred.* cum utraque ſit ex ejus lib. 48. Digeſtorum. intelligitur autem ex ea conjunctione: quod in propoſita ſpecie a quibuſdam fuit dubitatum; eo quod recepta jure noſtro non eſt particularis ſolutio, invito creditore: ſed ut totum debetur, facienda eſt totius ſolutio: parato creditore, totam accipere. eodem modo non tenetur fundi partem judicio perſequi, qui fundum totum ſuum dicere poteſt. & ſane ita eſt in *l. 41. §. 1. D. de uſuris.* ſi ea oblatio fiat alias, quam ex juſta cauſa apud Prætorem, reſiſtente juris ſubtilitate: cæterum viſum Juliano, Prætorem, cujus officium eſt in jure, ubi judicium conſtituitur, lites imminuere, humanius in utraque cauſa facturum, ſi actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, & tantum de reliquo litigare *d. l. 21.* ſimiliter igitur in propoſito permittendum, inquit, erit poſſeſſori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, partem vero cedere. nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem poſſidere, & partem ſcire dimidiatam ad ſe pertinere, de altera parte controverſiam non facere *l. 8. D. h. t.*

Porro ait Prætor, *Ei qui eam ſuam eſſe dicet.* Dat igitur Prætor hanc actionem ei qui poteſt dicere, partem quam petit, ſuam eſſe: id vero poteſt demum facere qui poteſt probare, eam partem ſibi eſſe & delatam, & adquiſitam. quid ſi ſperetur fore, ut adquiratur? non poteſt peti: quia nondum poteſt eam ſuam dicere. igitur ſi petat, fruſtra petit, etſi deinde adquiſierit: quippe cum placeat, judicium non poſſe eſſe in pendenti. *l. 35. D. de judiciis.* atque hoc voluit Gajus *l. 2. D. h. t.*

Da-

Datur igitur ex hoc Edicto actio ei qui poteſt dicere, partem certam hereditatis quam petit, ſuam eſſe. quid, ſi incertam petat partem? ſic ait Ulpianus *l. 1. §. ult. D. h. t.* Interdum Prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis cauſis intervenientibus, ut puta, eſt defuncti fratris filius, ſunt & uxores defunctorum fratrum prægnantes: quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum eſt: quia quot edantur fratrum filii, incertum eſt. æquiſſimum igitur eſt, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus eſt, quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi. at enim in rerum natura nec hic quidem incerta res eſt. ſed pulchre Paulus *l. 28. §. ult. D. de judiciis* quæ eſt ex *lib.* 17. *Ad Plautum*, non eſſe in propoſito intuendam rerum naturam in qua omnia certa, cum futura utique fierent: ſed noſtram inſcientiam adſpici debere. Sunt igitur partes jam nati heredis, aliis naſcituris, incertæ. ideoque placuit Antiquis, (ut eodem lib. 17. Ad Plautium refert Paulus *l. 3. D. h. t.*) vel hac in ſpecie, ſi non in totum, utique quatenus licebat, remedio jus ad certum adducere, cum intelligerent, eſſe e re liberi ventris, ita ei proſpicere, ut in tempus naſcendi omnia ei jura integra reſervarentur; nec minus æquum eſſet, jam natum ſuam partem, etſi incertam, interim vindicare. nimirum placuit illis, perinde rem accipere, ac ſi prægnans mulier eſſet paritura liberos tres: deſumpto remedio ab eo quod aliquando viderent fieri, etſi poſſent naſci plures, etiam pauciores. in eo igitur incerto frequentes ad hoc decurrerunt temperamentum, dum pariat mulier: nam poſt editum partum non placuit ad eam ſtari definitionem: ſed quod factum, ex rei veritate æſtimari. prorſus, ut ſi plures eſſent nati, plures conſtituerentur partes: ſi pauciores, partes etiam fierent pauciores jure quaſi adcreſcendi *l. 4. D. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Adverſus eum qui poſſidere dicetur.* Ex his verbis apparet, hanc actionem, cum ſit in rem, dari adverſus eum qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet vel hereditatem totam, vel ejus partem, vel jus, vel rem aliquam, licet minimam. nam petitor non ex eo metitur quod poſſeſſor occupavit, ſed ex ſuo jure *l. 1. §. 1. D. h. t.* ei vero Judicis officio ſolum reſtituitur hoc, quod adverſarius poſſidet, aut totum, ſi ex aſſe ſit heres, aut pro parte ex qua heres eſt *l. 10. §. 1. D. de petit. hered.* Sed hoc, & præterea, quid ſit pro herede, prove poſſeſſore poſſidere, pluribus demonſtravi ſuperiore Titulo. Unum adde ſis, quod ait Ulpianus *d. l.* 1. *§. 2. D. h. t.* & erit tanti, addidiſſe.

Exitus hujus actionis quiſnam ſit: ex ſuperioribus ultro intelligitur. nempe, ut, ſi pareat, hereditatem pro certa parte eſſe petitoris, pro ea parte ejus eſſe declaretur, & jubeatur poſſeſſor quod ex ea eſt apud ipſum, petitori pro indiviſo reſtituere. In quo placuit Juliano *l. 7. D. h. t.* petitionem partis hereditatis diſtinguere ab actione familiæ erciſcundæ.

TITULUS V.

De poſſeſſoria hereditatis petitione.

Quo pertineat hic Titulus, oſtendit Ulpianus *l. 1. D. h. t.* ait ille, ordinarium fuiſſe poſt civiles actiones heredibus propoſitas, Prætorem etiam habere rationem eorum quos ipſe velut heredes facit: videlicet data bonorum poſſeſſione: eo quod non poteſt hereditatem jure civili dare eis qui jure civili non ſunt heredes: & tamen quum æquum eſſet, eos non negligi jure naturali, quod non erat vetitum jure civili, dat eis bonorum poſſeſſionem, id eſt, mutato vocabulo, idem jus quod habituri eſſent, ſi jure civili heredes eſſent. De his agetur lib. 37 & 38. interim his propoſita hic a Prætore fuit utilis hereditatis petitio: quæ in Rubrica vocatur poſſeſſoria hereditatis petitio. Formula Edicti videtur talis fuiſſe: *Cui ex Edicto meo bonorum poſſeſſio data erit, illi, ſi eam ſuam eſſe petet, adverſus hunc, qui pro herede prove poſſeſſore poſſidebit, judicium dabo, ut reſtituatur.* Hæc formula. & ait Gajus *l. 2. h. t.* per hanc hereditatis petitionem tantumdem conſequi bonorum poſſeſſorem, quantum ſuperioribus civilibus actionibus heres conſequi poteſt.

TITULUS VI.

De fideicommiſſaria hereditatis petitione.

Ex ordine occurrit actio quæ proponitur his quibus ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hereditas: alio eam pro herede aut pro poſſeſſore poſſidente. fundamentum ejus: quod fideicommiſſarius eam ſuam dicere poteſt: non quidem civili, ſed Prætorio, jure. recte igitur vel ei providit Prætor fideicommiſſaria, id eſt, utili, hereditatis petitione. Hoc vult Ulpianus *l. 1. h. t.* quiſquis, inquiens, ſuſcepit reſtitutam heredita-

tem ex Senatuſconſulto ex quo actiones tranſeunt, quod dixi eſſe Trebellianum, cum fideicommiſſaria hereditatis petitione uti poſſe. Secundum hoc liceat mihi, ita concipere Edicti formulam: *Si hereditas petatur: ei cui ex Senatuſconſulto ex quo actiones tranſeunt, ea reſtituta erit, adverſus eum qui eam pro herede, prove poſſeſſore, poſſidebit, judicium dabo, ut reſtituatur.* Hæc vero actio (quod notat Paulus *l.* 2.) eadem recipit quæ hereditatis petitio: id eſt, directa vel civilis hereditatis petitio. Ulpianus quoque obſervat *l.* 3. nihil intereſſe, mihi quis rogatus fuerit reſtituere, an ei cui heres extiti; ſed & ſi heres, cui extitiſſet. [&] ſi bonorum poſſeſſor ſim ejus, cui fideicommiſſaria hereditatas relicta eſt, per hanc actionem experiri me poſſe. plane §. 1. *d. l.* 3. ait Ulpianus, ſciendum eſſe, hanc actionem non competere adverſus eum qui reſtituit hereditatem. cæterum mihi dari has actiones quæ heredi & in heredem competunt.

LIBER SEXTUS.

TITULUS I.

De rei vindicatione.

Seriem Tituli indicat Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Poſt actiones quæ de univerſitate propoſitæ ſunt, ſubjicitur actio ſingularum rerum petitionis.* Cum dicit actionem petitionis, ſpeciem conjungit generi. nam actio eſt generale verbum: continens & condictionem & petitionem. dicitur vero actio petitionis: ſicut in *l.* 1. *C. de condict. indeb.* legitur actio condictionis. ſed plerumque petitio dicitur ſimpliciter, etiam vindicatio. petitio a petendo: vindicatio a vindicando. petere eſt generale vocabulum; ut vindicare. Utrumque idem valet, quod aſſerere. igitur petere ſuum eſſe *l.* 11. §. 2. *D. de except. rei judic.* & vindicare ſuum eſſe *l.* 66. *h. t. l.* 6. §. 2. *D. de confeſſis* idem ſonant: ſuntque ea generalia verba. adeo Scævola ait, pignus vindicari: cum petitur actione quaſi Serviana *l. ult. D. de pign. act.* Ulpianus vero dixit, manumiſſum vindicari in libertatem *l.* 3. *D. de liberal. cauſ.* jam ſervitutem vindicari, oſtendit *Rubrica D. Si ſervitus vindicetur.* quemadmodum uſumfructum peti, dicit Titulus, *Si uſusfructus petetur.* igitur vindicatio, ſicut petitio, eſt commune verbum omnium actionum in rem. ſed præſens Titulus non eſt de vindicatione in genere; ſed de rei vindicatione, id eſt, de vindicatione dominii, ſeu proprietatis rei corporalis, & ſingularis. eam porro vindicationem oportet accipi cum effectu juris: ut vindicare ſub hoc Titulo non ſit nude aſſerere & petere: ſed præterea auferre, tollere, abducere. nam is finis vindicationis. *l. unic. D. Si quis jus dic. non obtemp.* ſicut & aſſertionis, optime Varro, *lib.* 5. *De ling. Latina, p.* 40. *Adſerere manu in libertatem cum adprehendimus.* Ab eodem fonte eſt hoc Ovidii, *lib.* 2 *Amor. Eleg.* 5.

Injiciam dominas in mea jura manus.

Satis de ſerie & explicatione Tituli. tranſeo ad Edictum: quo complexum rei vindicationem fuiſſe Prætorem, colligitur ex Ulpiani, Pauli, & Gaji libris Ad Edictum ſub hoc Titulo. ipſum tamen Edictum deſideratur. ſententia videtur talis fuiſſe. *Si quis rem ſuam eſſe vindicabit, neque ea res arbitrio Judicis ei reſtituetur, adverſus eum qui eam poſſidere dicetur, judicium dabo.* Ex his verbis apparet, rei vindicationem tum locum habere, ſi quis rem ſuam eſſe dicet. dari vero huic qui id dicet, adverſus poſſeſſorem: ut arbitrio Judicis reſtituatur. Hæc Edicti ſumma: quam per partes explicabo. Primum datur rei vindicatio: ſi quis rem ſuam eſſe dicet. Verbum, *Rem*, indicat Rubrica, *De rei vindicatione.* etiam *l.* 1. *& l.* 6. *D. h. t.* Rei porro appellatio late patet: complexa quippe omne quod eſt in rerum natura: ſive tangi poteſt; ſive animo intelligitur. ita res eſt vel corporalis, vel incorporalis. illa res eſt; ſive in cogitationem noſtram incidit; ſive ab ea removetur. hæc demum, ſi cogitatione noſtra formatur: alioquin caret ſubſtantia. Sed Prætor vocat rem quæ eſt: non quæ intelligitur. nec jura exaudit; ſed corpora §. 1. *Inſt. de action.* ſive ſint mobilia, tam animata, quam anima carentia: ſive ſint ſoli *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* id eſt, immobilia. Mitto noſtros: ſic Seneca *lib.* 2. *Nat. quæſt. c.* 1. Res incorporales, ut ſervitutes, hoc Edicto non comprehendi, eſt argumentum: quod ſeparata actione vindicantur infra. lib. VII. & VIII.

Idem de generibus Seneca, *Epiſt.* 58. *Genus,* inquiens, *nec viſu nec tactu, nec ullo ſenſu comprehenditur. cogitabile eſt quod generaliter eſt, tamquam homo generalis ſub oculos non venit, ſed ſpecialis venit, ut Cicero, Cato.* Rei igitur appellatione in Edicto ſola veniunt corpora, & ſingula: noſtri ſpecies vocant, Philoſophi individua. genera non veniunt *l.* 6. *l.* 1. *D. h. t.* Interim poteſt fieri: ut res una plures contineat. item, ut res plures habeant unius imaginem.

utile

utile erit, hoc intelligi ex Pomponio: facit is in *l.* 30. *D. de uſurp. & uſucap.* & ante Seneca, *Epiſt.* 102. tria corporum genera. Primum ſunt eis corpora continua, uno ſpiritu conſtantia: ut tignum, homo, lapis, ovis. talia corpora ſunt ſingula, & qua talia habent vindicationem. Deinde ſunt corpora cohærentia. horum plures ſunt partes: ſed conjunctæ, unum efficiunt corpus, domum aut navem, verbi gratia. inde ut tigni & hominis; ſic domus & navis, vindicatio eſt: nec harum membra petimus, ſed corpus. nam & domus & navis, quamdiu cohærent univerſa, quodammodo uno ſpiritu continentur. Sic in nave. non idem in armamentis navis. armamenta Latinis ſunt quævis inſtrumenta, ad rem exercendam tuendamque neceſſaria. Hoc ſenſu vinearum armamenta dixit Plinius *lib.* 17. *Hiſt. nat. c.* 21. pro pedamentis, perticis, palis, vinculis, aliiſque inſtrumentis ad vineæ culturam paratis. Eodem modo navis armamenta ſunt remi, funes, anchoræ, ſimilia, apud Suetonium *Auguſto c.* 17. & Julianum *l.* 6. *D. De leg. Rhod.* Igitur armamenta a nave ſeparata, ſingula erunt vindicanda, ſcapha quoque ſeparatim vindicabitur *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* quia ſcapha non cohæret navi. imo eſt navis parva, ſed ſeparata: ſicut remi & conti, aliaque conſimilia navis armamenta, ei non cohærentia, non ſunt navis membra, neque navis nomine continentur: quando navis, vel exarmata, navis eſt. omnia contra navi juncta, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, quaſi navis membra ſunt *l.* 44. *D. de evictiou.* Tertium genus corporum conſiſtit ex diſtantibus capitibus: ut grex. & hic poteſt uno vindicari nomine: quia ut plura ſint in grege capita, nihilominus univerſa uno continentur nomine & corpore *l.* 1, §. *ult. D. h. t.* poſſunt tamen ex grege etiam ſingula capita ſeparatim vindicari: ut natura ſunt diducta; licet nomine ac jure conjungantur *l.* 23. §. 5. *D. h. t.* Hoc in grege. quid in peculio? ait Julianus *l.* 56. *D. h. t.* non ut gregis, ita peculii, vindicationem placuiſſe: igitur oportere eum cui peculium ſit legatum, non peculium, ſed ſingulas res, petere. id tam varie: quia grex deſignat univerſitatem corporum uniformium. peculium contra etiam jura & nomina continet. quod ſi hæc nulla habeat: tamen poſſunt in eo eſſe omnis generis corpora, tam ſoli, quam mobilia, tam animalia, quam anima carentia: corporum vero & rerum tam diſſimilium conjunctio, vix eſt, ut unum, idque certum, corpus efficiat.

Sed apparet, rei appellatione ſignificari a Prætore res ſingulas, ſeu corpora ſingula: ac proinde oportere in rem acturum deſignare, utrum totam, an partem & quotam petat: nempe, ut intelligat reus, quid petatur; & Judex de quo debeat cognoſcere; ſimul quid ejus arbitrio petitori reſtituendum ſit. primum oportet rem a petitore deſignari: ac modum exemplis declarat Paulus *l.* 6. *D. h. t.* quæ ibi poſſunt videri. tantum notabo, ibi voculam, *Nam*, non indicare cauſam: ſed habere vim incipiendi: ut alibi ſæpe. jam ad verſiculum, *Si nomen*, adjicienda *l.* 5. §. 4. & 5. *D. h. t.* Præterea debet petitor deſignare, utrum totam petat rem, an partem, & quotam *d. l.* 6. quod ſi totam petat, ab eaque abſit uſusfructus: quæſitum fuit, an recte agat: quia poterat quæri, utrum tota ſit, an pars abſit. ea quæſtio tractatur a Paulo *l.* 25. *D. de verb. ſignif.* conjungenda cum *d. l.* 6: cum utraque ſit ejuſdem argumenti, & ex eodem Pauli lib. 21. Ad Edictum. ſenſum expoſui *lib.* 1. *De uſufructu c.* 2: ubi vide, ſi libet. Similis dubitatio eſt, partem quemadmodum intelligamus; pro diviſo, an pro indiviſo? de parte pro diviſo nullus labor: quia diviſione deſinit pars eſſe, & ſit totum. de parte pro indiviſo videamus. ſed & hanc vindicari, refert Paulus *l.* 25. §. 1. *D. de verb. ſign.* modo exprimat actor, quotam petat partem *l.* 8. *D. h. t.* quotæ enim expreſſione pars quæ incerta erat, ad certum admovetur. plane, ſi juſta interveniat cauſa: putat Gajus, eſſe vindicationem partis etiam incertæ; & hoc probat exemplo *l.* 76. §. 1. *D. h. t.* cui addi poteſt alterum ex Ulpiano *l.* 3. §. *ult. D. d. t.*

Dixi, quando detur rei vindicatio. quæris, cui detur. Et hoc Prætor comprehendit ſuperioribus verbis, *Si quis rem ſuam eſſe dicet.* Indicio *l.* 25. *D. de oblig. & act.* atque inde *lis dominii* pro rei vindicatione *l.* 18. *D. de uſuris.* Sic apparet, rei vindicationem domino conſulere, amiſſa poſſeſſione. ſolus enim rem ſuam dicere poteſt dominus. non autem refert Prætoris: utrum jure civili, an jure gentium, ſuam dicat. *l.* 23. *D. h. t.* Non erat ita ex Lege Duodecim Tabularum. hac oportebat rem peti ex jure Quiritium. veſtigium vetuſti juris apud Ciceronem, *Pro Murena. c.* 12. ſed antiquitati derogavit uſus juris: inventa a Jureconſultis utili actione pro vindicando dominio bonitario: cum directa vindicaret Quiritarium. utramque Edicto incluſit Prætor. inde quocumque modo quis ſuam rem eſſe dicat, eo modo rem ſuam vindicabit. cæterum quibus modis dominium adquiratur aut jure gentium aut jure civili, alibi traditum. hic ſufficit, rem alterutro jure eſſe ejus qui vindicatione uti volet. quod ſi non ſit: ea agere non poteſt.

Et ideo placet Paulo, loca ſacra aut religioſa hac in rem actione non peti quaſi noſtra *d. l.* 23. §. 1: quia ſunt divini juris: in bonis autem nullius *l.* 1. *D. de rer. diviſ.* Sed bene habet: quod Paulus non de fundo loquitur, ſed de loco, ſacro aut religioſo. nam locus eſt non fundus, ſed portio aliqua fundi: fundus autem integrum aliquid eſt *l.* 60. *D. de verb. ſign.* porro loci religio nihil mutat de

jure

jure fundi. vindicari igitur poteſt fundus, in quo ſit locus ſacer aut religioſus. locus talis vindicari non poteſt principaliter: per acceſſionem fundi poteſt. quomodo ſeparatim prohibetur vendi: per acceſſionem fundi non prohibetur vendi *l.* 22. *&* 24. *D. de contrah. empt.*

Similiter ait Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* per hanc actionem liberas perſonas juris noſtri, ut puta, liberos qui ſunt in poteſtate, non peti: quia non æque ſunt in dominio, ut ſervi. imo *tit.* XI. §. 5. ait, eos habere caput vere liberum: ſi jus gentium ſpectemus; etiam, ſi rempublicam. nec tamen id impedit: ne filius cum ſuo patre comparatus jure civili, ſit pars familiæ ejus; ibique non minus ſit in patris, quam ſervus in domini poteſtate. habet enim pater in eum jus vitæ & necis, ſicut dominus in ſervum: præterea manumittit eum pater intervenientibus venditionibus imaginariis, tamquam ſervum dominus. Hoc modo Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inſt. c.* 3. *Dominum*, inquit, *eumdem eſſe qui ſit pater etiam juris civilis ratio demonſtrat.* Igitur quid obſtat, ne pater vindicet, ſuum eſſe filium: non ſimpliciter, ut cæteræ res ex hoc Edicto vindicantur: ſed (quod obſervat Ulpianus *d. l.* 1. §. 2.) adjecta hac cauſa ex jure Romano. nam eo ſuum eſſe, vel in ſua poteſtate eſſe, recte vindicare poteſt: cum poteſtas patria ſit juris civilis, non juris gentium. cæteræ igitur res, ut ſervus, a domino ſimpliciter poſſunt vindicari, vel gentium, vel civili jure *l.* 23. *D. h. t.* ſed filius tantum poteſt vindicari ex jure Quiritum: quia non alias eſt in poteſtate: id eſt, in jure patris, ut Ulpianus loquitur *d. l.* 1. §. 2. & Paulus *l.* 2. §. 2. *D. de interdictis.*

Utcumque erit: liquet, rei vindicationem ei concedi ſoli qui rem quam petit, ſuam eſſe dicet gentium aut civili jure. quid, ſi ei cohæreat res alterius? puta: alienum brachium eſt junctum ſtatuæ Titii. an Titius petet, ſuam eſſe totam ſtatuam? ait Paulus *l.* 23. §. 2. *D. h. t.* ſi brachium ita ſit ſtatuæ junctum, ut ejus pars ſit, Titium effici dominum totius ſtatuæ; vereque ſuam dicturum ſtatuam: atque ita pleroſque ſenſiſſe. Cum ait, *pleroſque*, accipe Proculianos: quorum ſequens fuit definitio, In quibus propria qualitas ſpectaretur, ſi quid adderetur, id toti cedere, veluti acceſſionis jure. extat ea definitio *l.* 26. §. 1. *D. de adq. rer. dom.* & adſcribitur ibi Proculo. eſt vero cauſa prævalentia: quam indicat Paulus *d. l.* 23. §. 4. & addit, Quotiens res mea tuam trahit per prævalentiam, dominium rei tuæ tibi extingui, & ad me tranſire. igitur non tuam, ſed meam, eſſe vindicationem. quod ſi ſtatuam ſis bona fide nactus, ego eam vindicem: te pretium ejus quod acceſſit, recte petiturum per exceptionem doli mali. Idem ſcribit Paulus *d. l.* 23. §. 2. ſi quid in charta mea ſcribatur, aut in tabula pingatur: nam & hoc meum fieri jure acceſſionis: ſed de pictura quoſdam contra ſenſiſſe. Hi qui? Sabiniani. qui, conſiderato picturæ pretio, credebant, ridiculum eſſe, manum Apellis vel Parrhaſii, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. ſed Paulus ſtat a parte Proculi: neceſſe, inquiens, eſſe, picturam cedere tabulæ: quod ſine illa eſſe non poteſt. verum media obtinuit ſententia exiſtimantium, utrique dandam eſſe actionem: pictori directam: domino utilem. meminit Gajus *l.* 9. §. 3. *D. de adq. rer. dom.* & ex eo Juſtinianus §. 34. *Inſt. h. t.* ipſe tamen Gajus aliter *lib.* 2. *Inſt. tit.* 1: niſi interpolatus alicui ab Aniano, aut a Triboniano, videatur is Gaji locus. quod relinquo in medio: arbitratus, in re facti non eſſe ratiocinationi indulgendum: ne doceatur quod non poteſt probari.

Ut ut erit: quod in pictura obtinuit, ſingulare jus eſt; & ideo non trahendum ad conſequentias: nec ſtatuam, huc enim redeo, vindicabit is cujus brachium eſt junctum ſtatuæ meæ: quia non dicet ſuam ſtatuam; nec magis ſuum petet brachium quod cohæret meæ ſtatuæ. ſolum ei permittitur forte poſſidenti ſtatuam, brachii pretium exigere exceptione doli mali. hoc plus ei licebit agere actione ad exhibendum; ut brachium a ſtatua ſeparetur, & ſic vindicetur. nam ut ſeparatum deſinit eſſe pars meæ ſtatuæ, ita deſinit eſſe pars mei dominii, & ad te revertetur quaſi jure poſtliminii: ſi per applumbaturam, id eſt, per plumbum liquidum, facta ſit conjunctio. nam ſi contigerit per ferruminationem, id eſt, per eamdem materiam, diverſum jus eſt: ferruminatione per eamdem materiam faciente confuſionem: plumbatura non item. poſtremo placet, brachium ferruminatione junctum ſtatuæ meæ, conſumi unitate majoris partis, & ſemel alienum factum, etiam inde abreptum, ad priorem dominum redire numquam. eo igitur caſu ait Paulus *d. l.* 23. §. 5. neceſſariam eſſe actionem in factum, ut pretium detur; eamque actionem etiam obtinere in omnibus ſimilibus ſpeciebus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem actio, locum habeat.

Sic in ſtatua, id eſt, in corpore unito. idem jus eſt in corporibus cohærentibus: ut in ædificio. id ſi ſtruxerim ex aliena materia, ego quidem meum vindicabo, quamdiu cohæret meo ſolo: at materiæ dominus ſuam tantiſper non vindicabit: quia tantiſper ſuam non dicet. an tamen vel hic aget ad exhibendum; ut materia ſeparetur, & deinde vindicetur? non puto. qua ratione? quia intercedit palam Lex Duodecim Tabularum: vetans, tignum alienum ædibus junctum ſolvi: nempe, ne urbs ruinis deformetur. quid ergo? poſita hac Lege eſt actio de tigno juncto in duplum: ſi tignum furtivum ſit *d. l.* 23. §. 6. alioquin recepta eſt actio in factum in ſimplum:

plum: ſemper obtinens., ubi neque ad exhibendum, neque in rem, actio locum habet; ut monui modo ex *d. l.* 23. §. 5. Cæterum, ſi alia ex cauſa dirutum ſit ædificium, materia in priſtinam cauſam revertitur *d. l.* 23. §. *ult.* nec jam eſt, eur non a domino vindicetur; etſi duplum acceperit: cum præſertim duplum totum pœna ſit, neque ei inſit ſimplum, id eſt, pretium; eoque rei vindicationem quæ rem perſequitur, extinguat: vetante generali regula in concurſu actionum recepta. quid regulam allego? palam Ulpianus *l.* 2. *D: de tigno juncto*, *Sed ſi*, inquit, *proponas tigni furtivi nomine actum: deliberari poterit, an extrinſecus ſit rei vindicatio? & eſſe non dubito.* Sic Ulpianus: ſi vere, ut non debet dubitare cui ſana mens eſt; laborant hæc Juſtiniani verba in fine §. 29. *Inſt. de rer. diviſione: Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum jam conſecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.* Scribo: *Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium: poterit materiæ dominus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.* Cætera verba, *ſi non fuerit duplum jam conſecutus*, ſunt Interpretis imperiti, mea ſententia, atque eo veriore: quia is locus eſt deſcriptus ex Gajo *l.* 7. §. 10. *D. de adq. rer. dom.* ubi ſic extat. *Ergo ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus nunc eam vindicare, & ad exhibendum agere.* Verba illa, *Si non fuerit duplum jam conſecutus*, hic deſunt. quid ni igitur deſint in *d.* §. 29. id eſt, in exemplo: cum nulla ſint in exemplari? ſed hoc emendationi meæ convenit.

Reſtat, ut de grege videamus. is facit corpus diſtantium capitum: ut ſupra dixi. ideoque ſi meus grex ſit; aries in grege tuus: poſſum gregem vindicare; nec tamen in reſtitutionem venit aries. æque jus eſt tibi, arietem vindicare; licet grex non ſit tuus. ita Paulus *d. l.* 23. §. 5. ſimile habet Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* ſed hic variat lectio. vulgata Accurſii editio pro, *totidem capita aliena*, habet, *totidem alia capita*: eadem editio deinde ſubjicit, *vel aliena ab eo qui bona fide*, &c. at manu ſcripti libri legunt, *vel qui bona fide*: expunctis verbis, *aliena ab eo*. quid, ſi grex ſit decem capitum: & altera pars ſit mea, altera tua: ita par utriuſque numerus. utri dabitur gregis vindicatio? Paulo *l.* 2. *D. h. t.* placet, neutri dare. nempe, quia non eſt utriuſque grex communis; cum ſua cujuſque ſint capita; nec poſſit communis dici grex: cujus capita non ſint communia. quid ergo eſt? vindicanda utrique ſunt ſingula capita. quod ſi alter majorem habeat numerum; ut detractis alienis, adhuc ſit gregem vindicaturus: recte ſuum vindicabit gregem quem ante habuit: quamquam ſic; ne aliena capita in reſtitutionem veniant. Major numerus eſt, magnus: comparativo gradu ſumpto pro poſitivo: ut ſæpe alibi.

Ut abſolvamus viam quam ingreſſi ſumus: apparet, rei vindicationem ſoli domino dari: quia ſolus poteſt dicere, rem ſuam eſſe civili aut gentium jure: & huic demum Prætor rei vindicationem pollicetur: utique intendenti, ſe tum, cum rem petit, ejus dominum eſſe. nam ſi aliquando fuit dominus, ſed eſſe deſiit: jam non poteſt dicere, ſuam rem eſſe, & ideo non promittitur ei a Prætore vindicatio *l.* 41. *D. h. t.* Cæterum, ubi eſt dominus; nihil refert, utrum perpetuum habeat dominium, an abiturum aliquando. ſufficit enim Prætori, interim dominum eſſe: quia tantiſper poteſt dicere, ſuam rem eſſe: etſi futurum ſit, ut id dicere non poſſit; cum deſiturus erit dominus eſſe. Paulus *l.* 66. *h. t.* ſic expedit: *Non ideo minus recte quid noſtrum eſſe vindicabimus, quod abire a nobis dominium ſperatur, ſi conditio legati vel libertatis extiterit.* Ait, *ſperatur*, pro *creditur.* quomodo ſpero pro credo apud Terentium *Eunucho* 5. 3. 11. Donato interprete. aliis ſperare eſt, timere. ſed prius mavult Vir Eruditiſſimus, G. J. Voſſius *lib.* 4. *Inſt. Orat c.* 12. *p.* 644.

Tempus eſt videre, adverſus quem competat rei vindicatio. Hunc deſignat Prætor; pollicitus, judicium dare *Adverſus eum qui eam poſſidere dicetur.* Auctoritatem huic parti præbet Ulpianus *l.* 25. *D. de oblig. & act.* nec minus Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de alien. judic. mut. cauſ. fact.* in qua legendum *Cum in rem actioni poſſ ſſio pariat adverſarium:* ut alibi monui. Datur igitur rei vindicatio domino rem ſuam adverſus poſſeſſorem vindicanti. utique, ſi hic contra vindicet rem ſuam eſſe. imo, etſi non ſic contra vindicet. ſimpliciter enim Prætor, judicium, inquit, dabo adverſus eum qui poſſidere dicetur: nec hujus contravindicationem deſiderat. olim fuit aliter: & contravindicationis meminit Imp. Juſtinianus §. 1. *Inſt. de actionibus*, puto, ex regulis juris: nam de civili actione ex Duodecim Tabulis profecta, eum loqui, apparet ex §. 3. mox ſequente. nec ignoro veſtigium ejus ritus apud Plautum *Rudent. act.* 4 *ſc.* 3. & Ciceronem *Pro Murena:* ſed hunc ritum ab utroque, tamquam ſupervacuum, ut re vêra fuit, derideri mihi perſuadeo. Prætor certe eum neglexit hoc Edicto: quomodo familiæ emancipationem in teſtamentis jure civili receptam, pro vana exploſit: contentus in Edicto de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, teſtamentum eſſe ſignatum ſeptem teſtium ſignis §. 2. *Inſt. de teſtam. ordin.* Ita nunc ſufficit, reum a quo res vindicatur, eſſe poſſeſſorem; ab eoque negari, petitorem eſſe dominum: prorſus, ut petitore non probante, ſe dominum eſſe, poſſeſſor, etſi nihil probet, abſolvatur; inque ſuo loco maneat poſſeſſio. Sed hoc clare *l.* 2. *C. de probat. l. ult. C. h. t.* §. 4. *Inſt. de interdict.* Dat igitur Prætor domino rei vindicationem adverſus poſſeſſorem: & quia nihil adjicit, erit officium Judicis in hac actione, inſpicere; an reus

poſſideat: nec ad rem pertinebit, ex qua cauſa poſſideat: ubi enim probavi, rem eſſe meam, niſi objecta mihi aliqua ſit exceptio, (cujus exemplum eſt in *l. 72. D. h. t. l. 4. §. 32. D. de dol. mal. & met. except. l. 17. D. de evictionibus*) neceſſe habebit poſſeſſor eam reſtituere *l. 9. D. h. t.* in eoque rei vindicatio diſtinguitur a petitione hereditatis: ſimiliter quidem obtinente adverſus poſſeſſores rerum hereditariarum, ſed demum, ſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideant; non ſi gaudeant ſpeciali titulo *l. 11. C. de hered. petit.* optima diſtinctione: quia altera datur domino, altera heredi. æquum vero eſt, rem ſuo domino reſtitui, quiſquis eam quocumque titulo habeat ab alio, quam a domino. at qui heres eſt, non utique eſt dominus: & poteſt fieri, ut quis pari aut etiam meliore jure poſſideat ex juſto titulo, quam ab eo petat heres. eſt igitur titulus altera in ſpecie edendus, in altera non eſt; quia in altera ut edatur, refert petitoris; in altera non refert.

Succurrit igitur Prætor rei vindicatione domino adverſus qualemcumque poſſeſſorem. Dicitur autem poſſeſſor proprie is qui rem tenet animo ſibi habendi: nam ſi eam non hoc tenet animo, ut velit eam ſibi habere; is proprie non poſſidet. magis dicitur, in poſſeſſione eſſe, & detinere. eo in numero ſunt colonus, commodatarius, depoſitarius, & ſimiles *l. 10. §. 1. l. 18. D. de adq. poſſ.* hi tenent rem: non ut habeant ſibi, verum ut alterius poſſeſſioni ſua detentione præbeant miniſterium. eaque ratione putaverunt quidam, (in quibus Pegaſum fuiſſe refert Ulpianus *l. 9. D. h. t.*) tales hac actione non teneri: ſicut nec in interdicto Uti poſſidetis, & Utrubi, poſſeſſorum appellatione comprehenduntur. at contra ſedit Ulpiano, ab omnibus qui tenent & habent reſtituendi facultatem, peti poſſe: ſuadente Prætoris mente, ob ſimilitudinem rationis; etſi verbi ſubtilitate refragante. Sic mihi videtur: & differentiam eſſe inter hoc Edictum & interdictum Uti poſſidetis & Utrubi. nam Edictum rei vindicationem domino dat adverſus poſſeſſorem: interdictum vero Uti poſſidetis & Utrubi poſſeſſorem tuetur adverſus eum qui non poſſidet *l. 1. §. 6. D. Uti poſſidetis.* alterum aufert poſſeſſori, alterum concedit. jam cui aufertur plus, ei facile aufertur minus: at cui minus conceditur, ei non æque majus conceditur. plus eſt, poſſeſſori auferre poſſeſſionem, quam colono detentionem. minus eſt, interdictum permittere ei qui poſſidet; quam id etiam permittere ei qui tantum tenet; non etiam poſſidet. atque hoc ſi eſt, ut eſt veriſſimum: æquum eſt, in interdicto ſtari proprietati vocabuli; in Edicto non item: quia illic ut amplietur, non ſinit mens Prætoris; hic contra. Sic Ulpianus; eique accedit *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

Cæterum poſtquam placet, rei vindicationem dari adverſus poſſeſſorem: commode obſervat Furius Anthianus *l. ult. D. h. t.* neminem compelli, eam actionem pati: præfatus, alicui licere dicere, ſe non poſſidere. fac: petitor adverſarium in jure interrogat, an poſſideat. formula hæc eſt, *Quando te in jure conſpicio, poſtulo, anne fias auctor.* Eam formulam Valerius Probus his comprehendit literis. Q. T. I. I. C. P. A. F. A. Senſus: anne ſis ille a quo debeam meum jus perſequi. is interrogatus ſi fatetur; tenet rei vindicatio: ſi tacet, obſcureve reſpondet; pro negante habetur *l. 11. §. 7. D. de interrog. in jur. fac.* ita reſtat, ut convincatur. quod cum ſit: aufertur ei poſſeſſio; etſi petitor non probet, ſe dominum eſſe *d. l. ult.* nec inique: cum alter neget, ſe poſſidere: id eſt, fateatur, ſe non habere jus retinendi.

Datur igitur rei vindicatio domino adverſus eum qui poſſidet. at quo tempore? tempore litis conteſtatæ, & tempore rei judicandæ. Sic Paulus in *l. 27. §. 1. D. h. t.* ſed noli eum accipere; quaſi putet, non ſufficere, reum tempore rei judicatæ poſſidere; niſi etiam poſſederit tempore litis conteſtatæ. potius ſuadeam, ſic intelligi Paulum; quaſi dicat, non eſſe ſatis, reum poſſidere tempore litis conteſtatæ: niſi etiam poſſideat tempore rei judicatæ. nam ſi quidem poſſideat litis conteſtatæ tempore; cum autem judicatur, poſſeſſionem amiſerit ſine dolo malo: abſolvit eum Paulus. quod ſi non poſſideat tempore litis conteſtatæ, quo autem judicatur, poſſideat: ait Paulus, putaviſſe Proculum, Sabino forte contradicente, omnimodo condemnari eum oportere. Aliquis dicat, non videri in judicium veniſſe quod poſt acceptum judicium accidiſſet *l. 23. D. de judiciis:* eoque nec ad officium Judicis pertinere *l. 18. D. Commun. divid.* Sed hæc objectio Proculi ſententiam non infirmat: nam quod dicitur, in judicium non veniſſe quod poſt acceptum judicium accidiſſet, hunc habet ſenſum: non veniſſe in judicium quod poſtea in jure petitoris accidiſſet. nam ſi is tempore litis conteſtatæ non habuit jus petendi; cauſa cadit, etſi poſtea jus acceperit: quia non habuit tempore litis conteſtatæ. quod ſi quis aliquid ſui juris petiit ab alio qui id non poſſidebat, cum diceretur poſſidere: is utique rem ſui juris in judicium deduxit, ſi deinde poſſideatur: eoque erit ei reſtituenda tempore rei judicatæ: quia poſſidetur, & poteſt reſtitui. Expoſui Proculi ſententiam, approbatam a Paulo *d. l. 27. §. 1.* etiam ab Ulpiano, & tandem ab omnibus *l. 30. D. de peculio.*

Huc uſque oſtendi, quod rei vindicatio datur adverſus poſſeſſorem. porro addam, aliquando etiam dari adverſus eum qui non poſſidet; modo fecerit dolo malo, quo minus poſſideret. at hoc non venit ex Edicti verbis: (nam in his altum de eo ſilentium) ſed receptum eſt per conſequentiam Senatuſconſulti: quo inductum eſt in hereditatis petitione; ut qui deſiit

deſiit poſſidere dolo malo, quamvis ante litem conteſtatam, nihilominus pro poſſeſſore habeatur. ſed hoc optime obſervavit Ulpianus *d. l.* 27. §. 3. & convenit paritati rationis.

Idem jus eſt: ſi quis non poſſideat, ſed interim ſe obtulerit rei defenſioni: dicens, ſe poſſidere. nam is quia mentitus eſt ſe poſſidere; & petitorem decepit: deinde lite conteſtata, perinde ac ſi poſſideret, damnandus eſt: præſertim ſi actor ignoraverit, eum non poſſidere. nam ſi ſciens eum non poſſidere, cum eo litem ſit conteſtatus; contra dicendum eſt: quia magis ipſe ſe decepit, quam deceptus eſt. Simile jus eſt, ſi quidem mentitus quis ſit ſe poſſidere; ſed mendacium ante litem conteſtatam correxit, re adhuc integra: nam nec tum decepit petitorem; nec videtur ſe qui diſceſſit, liti obtuliſſe *l.* 25. *&* 26. *D. h. t.* Niſi forte, cum a Titio vellem petere, aliquis dixerit, ſe poſſidere, & ideo ſe liti obtulerit, ut res interim a poſſeſſore uſucaperetur. tum enim condemnandus eſt omnimodo: id eſt, etiamſi eum pœniteat. *l.* 27. *D. h. t.* Sit exemplum. aliquis voluit agere adverſus Titium bonæ fidei poſſeſſorem. tu mendacio tuo feciſti, ne adverſus eum ageretur. ita Titius implevit uſucapionem. actori nocuit mendacium, etſi tu ante litem conteſtatam velis mendacium corrigere. quid ni igitur ſis damnandus ei cui nocuiſti? eſt tamen id tum maxime verum: ſi actor in re agenda proteſtatus ſit, ſe cum Titio non agere ideo: quod tu diceres, non Titium, ſed te poſſidere. cæterum te damnato ob tuum mendacium, adhuc poterit dominus rei vindicatione cum vero poſſeſſore experiri; ſi is uſucapionem nondum implevit: nam ab illo vindicabit rem ſuam nondum uſucaptam *l.* 7. *D. h. t.* a te vero qui mentitus es, accipiet quanti ſua intereſt: quia tuo nomine tu damnatus es ob dolum proprium, non nomine poſſeſſoris.

Supereſt tradi, ad quid danda ſit rei vindicatio: eademque opera, quod in ea ſit Judicis officium. de utroque ſic Prætor: *Neque ea res arbitrio Judicis ei reſtituatur, judicium dabo.* Verba hæc in oculis habuit Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* teſtatus, Judicis officium in hac actione in hoc fore; ut inſpiciat, an reus poſſideat: nec ad rem pertinere, ex qua cauſa poſſideat. Nec diſplicet adjectio, ubi probavi, rem meam eſſe, neceſſe habiturum poſſeſſorem, reſtituere qui non objecit aliquam exceptionem. Non magis dubito, quin his convenienter Juſtinianus §. 31. *Inſt. de actionib.* inter cæteras actiones ab arbitrio Judicis pendentes, quas arbitrarias vocat, etiam præſentem intelligat: & ut in aliis paſſim, ſic in hac, velit Judici permitti, ex æquo & bono ſecundum cujuſque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat. Sed ut ex ſolido intelligatur res ſciri digna: primum accipe a Juſtiniano §. 2. *Inſt. de officio Judicis*, eſſe in poſito Judicis officium, poſſeſſorem abſolvere, ſi non pareat actoris intentio: & ſi pareat, declarare, rem petitoris videri. formula extat in *l.* 35. *D. h. t.* parique modo traditum *l.* 8. §. 4. *Si ſervit. vindic.* ſervitutem actione confeſſoria petitam, Judicis ſententia non conſtitui, ſed quæ eſt, declarari. In judiciis diviſoriis, qualia ſunt finium regundorum, familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, aliud obtinuiſſe, liquet in §. *ult. Inſt. de offic. Judic.* & plenius infra *lib.* x. Verum quod in præſenti dixi, eſt proprium rei vindicationis. Cæterum declarato in ea domino, ait in *d. l.* 9. Ulpianus, eſſe conſequens Judicis officio, jubere, rem petitam domino a poſſeſſore reſtitui, & ſtatim: ac ceſſantem ad hoc condemnare. niſi ſi neget, in præſenti ſe poſſe reſtituere: & ſine fruſtratione videbitur tempus reſtituendi cauſa petere. tum enim indulgendum ei eſſe, Juſtinianus cenſet: modo de litis æſtimatione caveat cum fidejuſſore, ſi intra tempus quod ei datum eſt, non reſtituerit *d.* §. 2. Sic, ſi juſta allegetur cauſa, cur reſtitutioni non pareatur. at ſi juſſus reſtituere, Judici non pareat, contendens non poſſe reſtituere, & tamen habeat rem: ait Ulpianus *l.* 68. *D. h. t.* poſſeſſionem ab eo manu militari transferri, & fructuum dumtaxat, omniſque cauſæ nomine condemnationem fieri. Quid, ſi res non poſſit reſtitui? finge, periiſſe aut amiſſam eſſe: ait Ulpianus *d. l.* ſi quidem dolo malo fecit poſſeſſor, quo minus poſſit reſtituere, in quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandum eſſe: ea ratione quam lib. XII. dabit Titulus, *De in litem jurando.* Quod ſi nec poſſit reſtituere, nec dolo fecit, quo minus poſſit? contra ait, non pluris, quam quanti res eſt, id eſt, quanti adverſarii interfuit, condemnandum eſſe: modo ejus culpa accuſetur: qualiſcumque ſit, ſive in faciendo conſiſtat, ſive in non faciendo. & ſunt utriuſque exempla in *l.* 36. §. 1. *h. t.* De fatali caſu videamus. In hoc oportet malæ fidei poſſeſſorem diſtingui a poſſeſſore bonæ fidei. quid deinde? illum quidem qui eſt malæ fidei, ad reſtitutionem rei petitæ perinde teneri, ac ſi illa adhuc extaret: jure interpretante, eum ſemper moram facere, & hac perpetuari ejus obligationem. at in hoc qui eſt bonæ fidei, benignior recepta eſt obſervatio: maxime ante litem conteſtatam. nam poſt eam etiam malæ fidei eſt qui ante erat bonæ fidei: non peræque in omnibus; ſed tum demum, ubi ſine cauſa temere ad judicium provocavit. alioquin quoad fructus quidem, dicitur & in mora & in mala fide eſſe a tempore litis conteſtatæ *d.* §. 2. *Inſt. de offic. Judic.* verum quantum ad reſtitutionem rei petitæ, non videtur inde moram facere, eoque nec tenetur præſtare caſum aut mortalitatem, ab ejus providentia diligentiaque non pendentem exemplo reſtitutionis fructuum,

tuum, *l.* 40. *D. de hered. petit. l.* 15. §. *ult.* & *l.* 16. *D. h. t.* Illud adhuc poteſt quæri, an aliquando vel in malæ fidei poſſeſſore fiat, ut ne ob caſum quidem teneatur? & æquitatis eſſe creditum eſt, etiam ita ſervari: ſi ea res quo modo apud poſſeſſorem periit, eodem apud petitorem peritura fuiſſet: nec hic ex re diſtracta interim fuiſſet pretium accepturus *dd. ll.* Simile obtinuit temperamentum: ſi rem corruptioni obnoxiam, quia ſervando ſervari nequit, ut eſt fructus, ex neceſſitate vendidit. ſic enim ſufficere ei, pretium quod accepit, reſtituere: non etiam veram æſtimationem *l.* 15. §. 1. *D. h. t.*

Non contemnenda fuit ſuperior obſervatio circa Judicis officium. ſed æque neceſſaria eſt ſequens Gaji *l.* 20. *h. t.* dicens, Judici non ſufficere, domino a poſſeſſore ipſum reſtitui corpus: ſed opus eſſe, ut & cauſa illi reſtituatur; id eſt, ut omne habeat, quod habiturus foret, ſi eo tempore quo judicium accipiebatur, corpus reſtitutum fuiſſet. cedo, qua ratione? manifeſta. en: conventus rei vindicatione poſſeſſor, noluit rem reſtituere, niſi probato a petitore ante dominio. quiſquamne iniquum putabit, moram ea re factam poſſeſſori potius, quam adverſario nocere? imo quis non contra ſinat, rem perinde haberi, quaſi inter eos eſſet litis conteſtatione actum, ne ſic alteri noceretur? Mihi probabile eſt, huc iviſſe Veteres; judicio contrahi, & judicati obligationem naſci, profitentes *l.* 3. §. 11. *D. de peculio.* Et jam lubet inde inferre, quod poſſeſſore a Judice juſſo, rem petitam ſtatim reſtituere, nihil prodeſt, illam inter moras judicii eſſe uſucaptam: eo utcumque litis conteſtatione obligato, rem reſtituere ea in cauſa in qua erat, cum peteretur. nam eo tempore non erat uſucapta: & quamquam ſubtilitate juris inde perſeveraret uſucapio, ob non ablatam interim poſſeſſori poſſeſſionem, ne ab executione inciperet judicium: tamen rationis eſt, impletam per ſententiam adverſus petitorem reſcindi: id eſt, ſic haberi, ac ſi impleta non eſſet: lite conteſtata, ut dixi, inter litigantes convento, rem reſtitui, non in ea cauſa in qua foret tempore rei judicatæ, ſed in qua tempore litis conteſtatæ fuit *l.* 18. *D. h. t.* §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* Sed id citra dubium eſt; & ea propter, ſi poſſeſſor rem a ſe ſic uſucaptam, ut poteſt, oppignoraverit, aut ſervum manumiſerit, aut animal deterioratum vulneratumve reſtituerit: nec fuerit conſentaneum arbitrio Judicis, tamquam viri boni, cum hujuſmodi reſtitutione liberatum interpretari. quin ut facile latere poſſunt talia; multo æquius eſt, poſtulante in hoc incerto petitore cautionem, Dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe, hanc a poſſeſſore præſtari; ac ſi contra factum eſſe appareat, ex ea teneri eum in id quod intereſt *l.* 18. & *l.* 19. *D. h. t.*

Ita re integra. De parte quid dicemus? noli quærere. quidquid poſſidetur, id a poſſeſſore petitori reſtitui, ejuſdem æquitatis eſt *l.* 76. *h. t.* nulla differentia, utrum initio pars fuerit, an poſtea eſſe cœperit. exemplo ſit alluvio: qua quo tempore quid fundo accrevit, id fundi pars eſt *l.* 34. *d. t.* idem in ſuperficie *l.* 16. *C. d. t.* Celſus *l.* 49. *D. d. t.* etiam ſolum ædium partem eſſe exiſtimat: nec alioquin ſubjacere, uti mare navibus. Jam in §. 1. meum, infit, eſt quod ex re mea supereſt, cujus vindicandi jus habeo. præterea vult Gajus *l.* 20. reſtitui, poſt acceptum judicium per ſervum adquiſita non ex re poſſeſſoris: in iiſque eſſe hereditatem legataque quæ per ſervum obvenerunt. addit Gajus ancillæ partum. An & fructus? ne dubita; ſi pendeant: nam in *l.* 44. fructus, inquit, pendentes pars fundi videntur. Paulus vero *l.* 36. §. 1. hoc etiam extendit ad fructus cæteros: & quod notandum, uſque adeo; ut velit Judicem, quamvis in ſententia per errorem declaraverit, fundum meum videri, poſſeſſorem eodem errore tam ad fructuum, quam ad fundi reſtitutionem condemnare. optime: recepto, ut dixi, oportere fundum non ſimpliciter, ſed cum omni cauſa reſtitui. Ita eſt: atque id ſignificat hæc Pauli adjectio: *Non debere lucro poſſeſſoris cedere fructus, cum victus ſit.* Item illa: *Quod alioquin (ut Mauricianus ait) nec rem arbitrabitur Judex reſtitui.* imo ait, *Quare habeat, quod non eſſet habiturus poſſeſſor, ſi ſtatim poſſeſſionem reſtituiſſet.*

Sed ut in plena luce ponatur nobilis, & aſpera, nec adhuc, ut optes, expedita quæſtio: age, quid & quotuplex ſit fructus, diſpiciamus. Eſt autem fructus proprie, rei utilitas ex ipſo corpore obveniens. quod ſi quæ non ex ipſo proveniat corpore, ſed ejus occaſione ex alia cauſa, puta ex nova obligatione, hæc proprie rei fructus non eſt *l.* 121. *D. de verb. ſignif.* & tamen quia in communi uſu præſtat commoditatem fructui non abſimilem, juris interpretatione pro fructu non male habetur. Ergo ſic duplex ſit fructus: alius naturalis, alius civilis. in poſteriore eſt uſura pecuniæ, vectura navium, merces ſervi, penſio prædii *l.* 62. *D. h. t.* in priore ſunt frumenta, poma, alia. Proxima obſervatio eſt, quod hi naturales fructus vel ſua ſponte naſcuntur naturæ beneficio, & naturales in ſpecie appellantur: vel demum humano facto atque opera producuntur, & vocantur induſtriales. utriuſque generis meminit Auctor *Dialog. De cauſis corruptæ eloquentiæ*, ſive ſit Tacitus, ſive Quintilianus *c.* 6. his verbis: *In ingenio quoque, ſicut in agro quamquam alia diu elaborantur, gratiora tamen, quæ ſua ſponte naſcuntur.* Exempla apud Pomponium *l.* 45. *D. de uſuris.* Poſtrema obſervatio eſt, fructus aliquos eſſe pendentes, aliquos perceptos, aliquos percipiendos, aliquos extantes, aliquos conſumptos. In his nunc quod jus ſit, quæris? Mea ſententia, intereſt inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem. ac per te liceat mihi, hic uti hoc ex Terentio *Adelph.* 5. 3. 37.

Duo

Duo cum idem faciunt, ſæpe ut poſſis dicere,
Hoc licet impune facere huic, illi non licet:
Non quo diſſimilis res ſit, ſed quod is qui facit.

Sic meditor eſſe Juriſprudentiæ utilis: & res, ſpero, procedet bene. quo modo? attende, intelliges. Etſi adhibita ab utroque poſſeſſore in fundo a non domino accepto, par ſit cultura & cura: ob eam tamen uterque non eodem utetur jure; ne emptione quidem aut ſimili juſta cauſa ad transferendum dominium hic, aut illic, interveniente. primum agam de poſſeſſore malæ fidei: & puta, eum ne ſi acceperit quidem juſta ex cauſa fundum a non domino, ob id umquam habere ejus dominium, in eove jus culturæ & curæ, & conſequenter numquam jus ad fructus ex eo natos: non magis, quam ad fundum, Judicis ſententia nunc petitoris declaratum. quid ni igitur arbitretur Judex, eum poſſeſſorem oportere fundum domino cujus eſt, reſtituere, & cum eo fructus omnes *l. 22. C. h. t.* civiles *l. 62. D. d. t. l. 29. D. de hered. petit.* naturales, induſtriales *§. 35. Inſt. de rer. diviſ.* pendentes, perceptos *l. 44. l. 35. §. 1. D. h. t.* etiam inhoneſte *l. 27. l. 28. & l. 52. D. de hered. petit.* amplius percipiendos, hos tamen tum demum, ſi honeſte percipi potuerint *l. 33. D. h. t.* a quo? Papinianus *d. l. 62. §. 1.* generaliter, inquit, cum de fructibus æſtimandis quæritur, animadverti debere, non an malæ fidei poſſeſſor fruiturus ſit, ſed an petitor frui potuerit, ſi ei poſſidere licuiſſet. Nec illud omittendum in *d. l.* credidit Papinianus, eſſe æqui & prudentis Judicis, etiam hic aliquo in uſuris uti temperamento; cui in vecturis navium, & penſionibus prædiorum, ſimilibuſque non faciat locum; quamquam alioquin non minus illæ, quam hæ, civiles fructus habeantur. Sed eſt manifeſtæ rationis, aliud in uſuris, aliud in cæteris ſuadere. quid? nempe, quod malæ fidei poſſeſſori juſte imputatur, ſi aut dolo malo aut culpa non exegerit vecturas, penſiones, ſimileſve civiles fructus: quia potuit eos non modo honeſte, ſed ſine periculo quoque, percipere: ſed ut pecuniam natura ſterilem atque infœcundam, fœnerando faceret fertilem, id ab eo, etſi honeſte, tamen cum ejus periculo exſpectari, ſane durum foret, & ideo omiſſum ei imputari non oportet *d. l. 62. h. t.* Similis moderatio obſervatur, ſi qui tales fructus poſſeſſoris beneficio rei petitæ acceſſerunt. exemplum in *l. 31. d. t.* in fructibus perceptis ex artificio ſervi, eo inſtructi ſumptibus poſſeſſoris: quos æſtimari, a petitore improbe peti, Paulus ait: arbitratus, ſufficere, eos cum ſumptibus compenſari. Satis de malæ fidei poſſeſſore.

Nunc de bonæ fidei poſſeſſore quid juris ſit, ſcire expetis. Idem autem, vel in eo puta: at non in infinitum, nec ſemper: ſed a tempore litis conteſtatæ *l. 22. C. h. t. l. 2. C. de fructib. & lit. expenſ.* imo is vel ante ex quo rem alienam eſſe intelligit, malæ fidei poſſeſſor eſſe cœpit. Adeo verum eſt, eum cum de fructibus diſputatur, in fide bona ſingulis momentis eſſe oportere *l. 23. D. de adq. rer. domin.* Nec me mordet, quod in uſucapione bonam fidem ab initio eſſe ſufficit; superveniens autem mala fides ei non nocet ab initio recte inchoatæ. Nam refert, quod fructuum adquiſitio, una ſubnixa æquitate naturali, facile contraria naturali æquitate tollitur: uſucapio vero formam ſortita a jure civili, eam non contraria ratione, ſed demum contraria juris forma amittit. Atque huc intendit a me expoſitus *lib. ſing. Ad Edict. De Pact. c. 8.* Paulus *l. 48. §. 1. D. de adq. rer. domin.* præfatus, uſucapionem eſſe juris; cum fructuum adquiſitio ſit facti.

Videamus igitur, quid obtineat circa fructus, ſi quis fundum a non domino bona fide acceperit ex emptione, donatione, aut alia ſimili juſta cauſa: ac deinde dominus superveniat, & fundum vindicet. Non eſt levis moliminis quæſtio: magna in ea lite, propter duos præſertim locos in *§. 35. Inſt. de rer. diviſ.* & in *l. 45. D. de uſuris.* Sed ne in mora deinceps cuiquam ſint, an præſtare meæ liceat tenuitati, lubet porro experiri. Initium ſumam a *d. §. 35.* adſcriptis prius Juſtiniani verbis: *Si quis a non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet juſta cauſa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Et ideo ſi poſtea dominus ſupervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt. Ei vero qui alienum fundum ſciens poſſederit, non idem conceſſum eſt: itaque cum fundo etiam fructus, licet conſumpti ſint, cogitur reſtituere.* Verba, *pro cultura & cura,* hic offendunt omnes Viros Doctos: opinatos, diverſum quid & ſeparatum ſignificare: eoque fructus perceptione ſuos facturo bonæ fidei poſſeſſori, fundo a non domino ex juſta cauſa accepto, eſſe neceſſariam culturæ ac curæ conjunctionem: hanc vero ei ſine illa non prodeſſe: & ideo ſolos induſtriales fructus ejus fieri, naturales non fieri. Sed ea ſententia mihi ſemper diſplicuit: & jam olim *lib. 2. Probabilium c. 7.* docui, hic *culturam* valere idem *curæ*; paremque eſſe utriuſque verbi poteſtatem; nec aliam videri ea conjungendi rationem, quam ut oratio ſit aliquanto modulatior, aptiorque, & efficacior, quam ſi ſimpliciter ſit dicaturque, *pro cultura.* Hanc ſententiam in *d. c. 7.* idoneis confirmavi Virgilii, Ovidii, Senecæ, & Quintiliani teſtimoniis: nec quæras alia aut plura. Demus. quid hæc evincit obſervatio? Nimirum, Juſtinianum velle, generaliter omnes fructus nullo diſcrimine, id eſt, tam naturales, quam induſtriales, nullos enim excipit, perceptione fieri ejus qui a non domino quem dominum eſſe putabat, fundum accepit ex emptione,

donatione, aut ſimili cauſa ad transferendum dominium apta. Qua ratione? Imperator ait, *pro cultura & cura:* utroque verbo utrumque fructuum genus peræque complexus. Sic feliciter conjeci. Nec tamen hoc ſteti fine. plus obſervavi, Imperatorem definitionis ſuæ rationem uni adſtringentem culturæ & curæ, non operæ pretium deſignare: non etiam factum merum, ſive qualem qualem culturam & curam nullo jure ſubnixam. Si hoc aut illud eſſet Imperatori propoſitum: debuiſſet eoſdem fructus eodem modo adſcribere prædoni: æque fundo a ſe poſſeſſo adhibenti culturam & curam, ac ei a poſſeſſore bonæ fidei adhibetur. Nunc contra ait, illum nullos fructus perceptione ſuos facere: imo ait, domino ſupervenienti omnes etiam conſumptos, cum fundo reſtituere. Abſit igitur, ut tam inepte diſputaſſe videatur Imperator *d.* §. 35. Potius putaverit, cum idem faciunt illi duo poſſeſſores, non eſſe idem. Ita ſane eſt: voluit fructus omnes perceptos ideo bonæ fidei poſſeſſoris fieri: quod is in fundo contemplatione bonæ fidei judicatur habere quaſi jus dominii, & per hoc fundi culturam & curam, ſive jus curandi & colendi fundum, juſta ex cauſa a non domino acceptum. Ain' vero? an eſt dubium, fructuum adquiſitionem ſola conſtare acceſſione, hoc eſt, jure corporis ex quo naſcantur? non eſt. proinde ſi quis eſt dominus fundi ex quo naſcuntur fructus; is naturali ratione eſt dominus fructuum ex eo natorum §. 19. *Inſt. de rer. diviſ.* ſive ſint induſtriales, ſive ſint naturales: quia cum corpore cohærentes tam hi, quam illi, ſunt pars corporis *l.* 44. *D. h. t.* & oportet corporis dominum eſſe partium dominum *d. l.* 25. *pr.* & §. 1. *D. de uſuris.* omitto pendentes. quid percepti, id eſt, jam a corpore ſeparati? vel hi, cum penderent, erant pars corporis, eoque corporis domini. ſeparatione vero, ſeu perceptione, dic, ſi potes, quid contigit, quo deſinerent eſſe ejus? Sed jus manifeſtum eſt circa fructus, ſi quæratur de ipſo corporis domino. Nec aliud in fructibus corporis, a non domino bona fide accepti vel ex emptione, vel donatione, vel alio juſto titulo: nam hi eodem modo pro cultura & cura fiunt poſſeſſoris bonæ fidei, tam naturales, quam induſtriales *d.* §. 35. præſertim pendentes, quia cum corpore cohærentes, ejus pars ſunt. porro bonæ fidei poſſeſſor, etſi jure civili non habeat fundi culturam & curam, quia hoc jure non eſt ejus dominus. quamdiu tamen verus dominus non apparet, interea jure Prætorio, monſtrante Publiciana in rem actione, quaſi dominus habetur adverſus extraneum §. 3. & 4. *Inſt. de actionib.* ſit igitur hoc modo etiam dominus partium, id eſt, jure culturæ & curæ dominus fructuum cum eo cohærentium, ſive ſint induſtriales, ſive naturales. Atque hoc cum exploratum ſit in pendentibus, an dubitationem recipit in perceptis? minime: percepti enim æque manent poſſeſſoris bonæ fidei, ac pendentes ſunt illius: propterea quod ante ſeparationem a corpore factam fuerunt ejus; neque hac eſt factum quidquam quo deſinerent eſſe *d. l.* 25. §. 1. *D. de uſuris.* & *l.* 48. *D. de adq. rer. domin.* Tenes Juſtiniani ſenſum in *d.* §. 35. eumque, cum ſit evidentiſſimus, non fuiſſe antehac aut animadverſum aut demonſtratum a tot nobilibus & claris ingeniis a tot retro ſeculis, ſummopere miror. Nec quem torqueat quod præ me fero, *culturam* & *curam* in *d.* §. 35. non ſignificare rem facti, ſed juris, id eſt, culturam & curam bonæ fidei poſſeſſori, tamquam domino, ſive jure dominii, conceſſam. Nam ea loquendi forma eſt Jureconſultis non inſolita: ſi recordemur, alluvionem ſimiliter pro jure alluvionis; hauſtum pro jure hauriendi; actum pro jure agendi; iter pro jure eundi; appulſum pro jure appellendi dici *l.* 16. *D. de adq. rer. domin. l.* 5. §. 1. *l.* 13. §. 2. *D. de ſervit. ruſtic. præd.*

Aliquem in diverſum rapiat *l.* 45. *D. de uſuris* quæ eſt Pomponii, & ſequente loco, ut promiſi, expedienda. Verba Pomponii ſunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit: illos tamen quos ſuis operis adquiſierit, veluti ſerendo. nam ſi pomum decerpſerit vel ex ſylva cædit, non fit ejus: ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Hæc verba primo adſpectu videri contraria a me dictis ad *d.* §. 35, vix ipſe inficiari auſim. Sed mihi crede, quiſquis es, a Pomponio non tractari caſum, quem præ manibus habet Juſtinianus. ita non obſtat: nam ſermo Imperatoris in *d.* §. 35. eſt de bonæ fidei poſſeſſore, habente titulum juſtum & aptum ad transferendum dominium. Pomponius vero in *d. l.* 45. loquitur de marito fundum quidem poſſidente bona fide, ſed non ex hujuſmodi titulo ad dominii tranſlationem idoneo. nec te fallat, quod is maritus fundum accepit ex donatione uxoris. nam inter virum & uxorem prohibita eſt donatio, accipientem faciens locupletiorem & donantem pauperiorem. putemus igitur, intereſſe inter utramque ſpeciem. Nec hoc ignorarunt alii. fateor. Sed quem habeat id effectum aut finem, nemo pervidit. hunc igitur nunc a me accipe. Apud Juſtinianum in *d.* §. 35. ponitur bonæ fidei poſſeſſor ex cauſa veræ & non improbatæ emptionis aut donationis: & videri poteſt ille fundi a non domino empti aut donati traditione quaſi dominus fieri; eaque ratione in ipſo habere jus actionis Publicianæ; amplius uſucapionis; & eodem modo jus in fructus ex eo natos, ſine diſcrimine, utrum ex ejus facto ſint nati, an ſua ſponte ſolo naturæ beneficio: quia pendentes, qualeſcumque ſint, omnes ſunt partes fundi, cujus jure Prætorio adverſus extraneos habetur quaſi dominus. Sed aliter eſt apud Pomponium in *d. l.* 45. ibi collato in maritum ex uxoris donatione fundo. nam ejus fundi maritus uxoris traditione nec quaſi dominus fieri,

nec

nec uſucapionem accipere, aut utilem vindicationem habere intelligitur: irrita in totum fundi donatione, & cætera omni ejus conſequentia *l.* 3. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Tantum poteſt quæri, an prohibita fundi donatione, etiam prohibita fructuum donatio eſſe videatur. Ac fuiſſe hanc quæſtionem apud Veteres, intelligitur ex *l.* 15. §. 1. *& l.* 17. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Hic vero diſtinguit Pomponius inter fructus naturales & induſtriales: exiſtimans, induſtrialium donationem valere, naturalium non valere. videlicet, quia uxor horum donatione fit pauperior, & maritus locupletior: contra illorum donatione maritus quidem fit locupletior, uxor vero non fit pauperior: certo, quod naturales, non facta hac donatione, vel apud eam fuiſſent ſponte nati indulgentia naturæ: induſtriales non item, niſi eſſent facto mulieris producti. altera igitur fructuum ſpecies reſiſtit manifeſto juri, donationem inter conjuges prohibenti; altera non. ac ſecundum hæc exponi poſſunt etiam ſpecies *d. l.* 15. §. 1. *& d. l.* 17. Illud adhuc obſcurum, quod in fine *d. l.* 45. Pomponius ſic ſcribit: *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris.* & addit, *Quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Ad tollendas has tenebras, quæ ſunt ingentes, multa adferunt Docti Interpretes, ſuo quiſque modo: ſed nullam inferunt lucem. Mihi fas ſit ſuſpicari, non cohærere a Pomponio ſcripta. &, ſpero, facilius hoc impetrabo: quia nihil corrigo: tantum poſtulo, intellectu inverti diſputandi ordinem a Pomponio inſtitutum. quo modo? conjungenda cum hoc verſu, *Nam ſi pomum decerpſerit vel ex ſylva cædit, non fit ejus*, eſt ſequens ratio poſtremi verſus, *Quia non ex facto ejus is fructus naſcitur:* & tum ſubjicienda intermedia illa comparatio, *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris.* Ita interpretatione ſublata Synchuſi, erit bonus & ſuperioribus conformis Pomponii ſenſus: Ubi uxor viro donavit fundum, irrita eſt ejus fundi donatio: facta quippe adverſus prohibitionem juris. conſequenter ſecuta traditione, tranſit quidem ad maritum fundi naturalis poſſeſſio: dominium vero apud uxorem manet. *l.* 1. §. 4. *D. de adq. poſſeſſ. l.* 3. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Sic quantum ad fundum. Sed de fructibus quid dicemus? illos poſſe mariti fieri. an jure fundi ex quo nati ſunt? Aliquis putet. Sed cave, ei accedas. non enim eſt ita: quia maritus illo in fundo nullum plane jus habet: tantum accepit ejus poſſeſſionem naturalem: jus vero omne apud uxorem manſit. Ullone igitur modo poteſt maritus ex alieno fundo in quo nihil juris habet, fructus percipiendo ſuos facere? poteſt. quo jure? donationis: id eſt, jure perceptionis ex voluntate dominæ. tamen nec ex illa ſuos faciet fructus cunctos: ſed illos ſolos quos ſuis operis adquiſierit, veluti ſerendo. quid, ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva cædat? jam non fit ejus: hac veriſſima ratione, quia non ex facto ejus is fructus naſcitur, & tum obtinet prohibitæ cauſa donationis: quæ ubi ex opera & facto naſcitur, non eſt. Igitur putemus, maritum in propoſito, quia fundi traditione ab uxore facta ex cauſa donationis, neque fit fundi dominus, neque in fundo accipit jus aliquod dominio ſimile, etſi poſſeſſionem ſaltem naturalem habere bona fide poſſit, fundi fructus percipiendo ex uxoris voluntate, hoc eſt, ſola ejus donatione, ſuos facere; & ideo non alios, quam quos illi ab illa donari ſinit jus civile: exemplo omnium hujuſmodi poſſeſſorum bonæ fidei: qui ut fundum teneant naturaliter bona fide, at deſtituti titulo ad transferendum dominium juſto & apto, numquam fructus aliquos ſive naturales, ſive induſtriales, fundi jure ex eo ſuos faciunt: quia numquam in eo aut dominium habent, aut jus dominio proximum: ex quo uno demum fonte jus percipiendi fructus ex fundo proficiſcitur. Sic cenſeo, ac neſcio, an vel ad tales aptari poſſeſſores etiam poſſit hoc Pauli in *l.* 136. *D. de reg. jur. Bona fides tantumdem poſſidenti præſtat, quantum veritas.* at non ubique, nec ſemper: quando igitur? *quoties Lex impedimento non eſt.*

Igitur, ut faciamus finem prolixæ diſputationis de officio Judicis circa fructus, apparet, omnes, cum induſtriales, tum naturales, perceptione fieri poſſeſſoris bonæ fidei, & (ut ait Gajus *l.* 28. *D. de uſuris*) ſtatim pleno jure. non tamen ſine temperamento, a Paulo obſervato *l.* 48. *D. de adq. rer. domin.* id quale? ait, *Bonæ fidei emptorem non dubie percipiendo fructus ex aliena re ſuos* interim *facere.* quos? *non tantum eos qui diligentia & opera ejus pervenerunt, ſed omnes.* quo jure? *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt. denique etiam priuſquam percipiat, ſtatim ubi a ſolo ſeparati ſunt, bonæ fidei emptoris fiunt.* Omnia hæc ſuperioribus ſunt convenientia. Sed quid denunciat hoc, *Interim*? puta, bonæ fidei poſſeſſorem fructus omnes perceptione ſuos non uſque quaque facere, nec in perpetuum: ſed dumtaxat, quamdiu verus dominus ignoratur: nam ſi is ſuperveniat, & fundum ejus videri, Judicis ſententia declaretur, jam eſt hic exitus, ut ei a poſſeſſore ſicut fundus ipſe, ita fructus in eo pendens, ex eove adhuc extans, reſtitui debeat. nimirum, quia melior eſt cauſa ipſius domini, quam cujuſcumque bonæ fidei poſſeſſoris, qui re vera non eſt dominus: & quamquam in actione Publiciana jure Prætorio interim, dum ignoratur dominus, adverſus extraneum pro domino habetur: in ea tamen actione adverſus ipſum dominum pro domino non habetur: ut ſequente Titulo demonſtrabitur. Igitur quid reſtat? niſi quod bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus perceptione ſtatim ſuos pleno jure faciat hactenus, ut poſſit eos tamquam dominus conſumere, & a tertio actione Publi-

ciana

ciana vindicare: ſed non æque adverſus ipſum dominum. quin ſi is ſuperveniat, ac fundum vindicet, quam fundi, tam pendentium, aut extantium, fructuum dominus eſſe deſinat Judicis ſententia: ejuſque officio ſic teneatur ei cum fundo fructus reſtituere: niſi eos aut conſumpſerit *d.* §. 35. aut uſuceperit *l.* 4. §. 19. *D. de uſurp. & uſucap.* altero caſu, quia eſt jure civili dominus factus: altero, quia non poteſt eos reſtituere, & nullo ſuo vitio, eoque eos lucratur, vel locupletior factus *d.* §. 35. *l.* 4. §. 2. *D. Fin. reg.* quamvis aliter placeat in hereditatis petitione. ſed eſt manifeſta in utraque actione differentia.

Huc uſque functus officio ſuo Judex, ſuum petitori jus adverſus poſſeſſorem in rei vindicatione ſervaturus. Sequente loco erit pro hoc ſollicitus: nam ne eum quidem, ſi quid ei competat, negligi oportet, etſi petitori teneatur ad reſtitutionem rei petitæ cum omni cauſa. nam ſi propter eam ſit facturus damnum; proxima erit Judicis cura, ne cogatur eam reſtituere ante, quam id citra damnum facturus ſit. ſed petitorem cum injuria poſſeſſoris juris ſubtilitate locupletiorem fieri, vix pati naturam, æqualitatis ſtudioſam, quis non videt? obvenit autem tale damnum poſſeſſori, ut plurimum, ob impenſas vel in fructus vel in rem petitam ab eo factas. ſed non eſt una omnium ratio: nam ſi quidem factæ ſint in fructus aut quærendos, aut colligendos, aut conſervandos, nullus labor eſt: quando omnes ſine diſtinctione, atque ab omni poſſeſſore tam malæ, quam bonæ fidei, deducuntur *l.* 36. §. *ult. D. de hered. petit.* verum aliter eſt in factis circa rem ipſam: nam tales putantur triplices, aut neceſſarias, aut utiles, aut voluptariæ. ſingulas attingit & definit Paulus *l.* 79. *D. de verb. ſignif.* ubi licet videre *pr.* §. 1. *&*. 2. Interim quod ad neceſſarias attinet: has omnis recipit poſſeſſor, tam malæ, quam bonæ fidei, & ut poſt dicetur, doli mali exceptione. videlicet, quia dominus, hiſce non reſtitutis, ſemper vult locupletari cum injuria poſſeſſoris. Niſi poſſit huic objici, quod temere fecit impenſas in rem quam ſciebat eſſe alienam. At hoc quis ferat? nam judicio repetens rem, his non factis aut interituram aut deteriorem futuram, ſi eas recuſet reſtituere, prætexens, maluiſſe ſe, rem periiſſe, quam ſic ſervatam: ſibi contradicit; eoque per exceptionem doli mali juſtiſſime repellitur. Sic in impenſis neceſſariis. In utilibus non eadem incedam via. quin diſtinguam circa has poſſeſſorem bonæ fidei a poſſeſſore malæ fidei. & in priore, qui eſt bonæ fidei, mihi placet notabilis Celſi moderatio in *l.* 38. *h. t.* dicentis: quod bonus Judex varie ex perſonis cauſiſque conſtituet. ejus ſumma eſt, nam huc redeunt omnia, animadvertere: ne dominus, non reſtitutis impenſis locupletior ſit cum injuria poſſeſſoris. Igitur finge, in fundo alieno quem imprudens, id eſt, bona fide emeras, ædificaſti aut conſeruiſti: id eſt, nullas in tutelam ejus quod jam erat, impenſas feciſti: ſed ædificatione aut plantatione quæ non erat, fundum feciſti meliorem; ita impenſas utiles. deinde dominus ſupervenit, & fundum evincit. quid juris? aut eſt, inquit Celſus, dives & idem facturus, aut pauper & non facturus idem. priore caſu poteſt videri locupletior fieri cum injuria poſſeſſoris bonæ fidei. igitur reddat impenſas, ut fundum recipiat: uſque eo dumtaxat quo pretioſior factus eſt: & ſi plus pretio fundi acceſſit; ſolum quod impenſum eſt. Rurſus finge, pauperem dominum, nec idem facturum. contra Judex pro ſua moderatione, fore durum putabit, ut id reddere cogatur, carendum habere laribus, ſepulchris avitis, id eſt, his propter quæ fundi vindicationem inſtituit. quid ergo? ex ſententia Celſi ſufficere judicabit Judex, tibi permitti, tollere ex his rebus quæ poſſis: dum ita ne deterior ſit fundus, quam ſi initio non foret ædificatum. Si tamen paratus eſt dominus tantum dare, quantum habiturus eſt poſſeſſor, his rebus ablatis: quis vir bonus & ſapiens hoc ei invideat? nullus. Ego in tranſitu hoc quoque probo Celſi, *Conſtituimus vero ut fiat ei poteſtas.* nam *conſtituere* tam Juriſconſulti dicuntur, quam Principes: & annotavi alibi hujusmodi locutiones. Quod ſequitur, merito videtur Celſo dignum, ut eſt plenum honeſtatis, *Neque malitiis indulgendum eſt, ſi tectorium (puta) quod induxeris picturaſque corradere velis, nihil laturus, niſi ut officias.* Res pulchra, & clara. tantum addam, quod de his elegantiis, earumque laude, arte, pretio ſcripſi *De uſufruct. lib.* 1. *c.* XI. Poſtrema Celſi obſervatio eſt, & ipſa non iniqua: Si ea ſit perſona domini quæ receptum fundum mox venditura ſit: niſi ſi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Nempe, quia jam nihil refert, cui vendas, poſſeſſori, an alii: utique venditurus, id eſt, ſundum cum pretio mutaturus. Ita fere Celſus *d. l.* etiam Paulus, Gajus, Pomponius *l.* 27. §. *ult. l.* 28. *l.* 29. *&* 30. *h. t.*

Dixi de jure bonæ fidei poſſeſſoris circa impenſas utiles. quid in poſſeſſore malæ fidei? poſita ab eo domo in aliena area, id eſt, in vacuo loco, in quo non erat domus, factæ ſunt impenſæ utiliter, non neceſſario. jam ædificanti negat Juſtinianus §. 30. *Inſt. de rer. diviſ.* exceptionem doli mali ad repetitionem impenſarum: præfatus, ei poſſe objici culpam. quam? quod ædificaverit temere in eo ſolo quod intelligebat eſſe alienum. Sic Juſtinianus: etiam Ulpianus *l.* 37. *D. h. t.* niſi quod aliquanto plus obſervat. Thema. Ego ædificavi in aliena area, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi, quo jam ſciebam alienam, an nihil mihi exceptio proſit? negat ex Juliano Ulpianus.

etſi

etſi, inquiens, alicui poſſit videri, debere prodeſſe de damno ſollicito. in priore tamen ſententia perſtat Ulpianus, non prodeſſe huic exceptionem. quam ob rem? nimirum, quod non debuit jam alienam certus, ædificium ponere: quod ex Juſtiniano tantum quod dictum. ſed hoc plus ait Ulpianus, Ei concedendum eſſe, ut ſine diſpendio domini areæ tollat ædificium quod poſuit. in eamque ſententiam etiam Heraſiano cuidam reſcripſit Gordianus *l. 5. C. h. t.*

Supereſt, ut de voluptariis impenſis videamus. eſt autem harum, qua talium, nulla deductio: ceſſante cauſa ei locum faciente. Niſi ſi probetur Judici, aut dominum fuiſſe eaſdem facturum impenſas, aut eum rem habere venalem, & propter impenſas plus fore conſecuturum: nam hoc caſu quodammodo mutatur impenſarum indoles, & quæ ante erant voluptariæ, nunc quaſi utiles haberi poſſunt. nec fuerit abſurdum, ab hac cauſa locum fieri exceptioni, cui alioquin non eſſet locus: utique ſi ſit bonæ fidei poſſeſſor qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe, in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. ut tamen poteſtas ei fieret tollendorum eorum quæ ſine detrimento ipſius rei tolli poſſunt *l. 39. §. 1. D. de hered. petit.*

Satis, ut opinor, liquet, ſummæ eſſe in hoc judicio æquitatis; ne petitor ob impenſas vel in fructus, vel in rem petitam a poſſeſſore factas, cum ejus injuria fiat locupletior: idque officio Judicis contineri; uſque adeo, ut poſſeſſor petitori rem ſuam reſtituere juſſus, non cogatur parere, quamdiu ex his aliquod ei damnum imminere poſſit. Formam vero ſervandi impenſas eſſe dixi, exceptionem doli mali; ſed, quod nunc inſuper obſervari velim, eam non dari, niſi poſſidenti. quia nemo, præter poſſeſſorem, convenitur rei vindicatione, & ſine ea uſum non habet exceptio doli mali. Sit igitur repetituro in præſenti impenſas paratum exceptionis remedium, ſi poſſideat. Verum an unum hoc ſit, quæri ſolet? & puto, non eſſe aliud: qualiſcumque ſit impenſa, etſi neceſſaria. res certa ex *l. 33. D. de condict. indeb. l. 14. D. de dol. mal. except. l. 14. §. 1. D. Commun. divid. l. 48. D. h. t.* Adeo cautione opus eſt poſſeſſori, impenſas in re aliena facienti ſuo nomine, ne poſſeſſione excidat: alioquin cum exceptione omnem amiſſurus ſpem eas recipiendi: actionem certe pro iis non habiturus ullam. nam de indebiti condictione conſtat ex *d. l. 33.* atque optima ratione quam ibi licet reperire: & poteſt addi ſequens regula: *Ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repetere non poſſumus l. 51. D. de condict. indeb.* Idem ſentio de actione negotiorum geſtorum: obſtante ejus natura, ne locum habeat. ita nec eſt metuere a *l. 6. §. 3. D. de negot. geſt.* etſi moleſtiſſima hac in parte. nam eſſe corruptam, jam dudum obſervavi: etiam malo remedium dedi, ad intellectum ſalubre, ſub eo Titulo, & ante *lib. 3. Probabil. c. 9.* An extricabo etiam excerpta ex *l. 5. C. h. t.* verba ſequentia: *Malæ fidei poſſeſſores ejus quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res eſt, nullam habeant repetitionem, niſi neceſſarios ſumptus fecerint.* Extricabo: nam ex his poſſit alicui videri poſſeſſor malæ fidei utilium quidem carere repetitione: quaſi non geſto domini negotio, illis temere in re aliena factis ſine domini voluntate: ideoque parata ei objectione, cur eas fecerit in re quam ſciebat eſſe alienam: ſed in neceſſariis ſumptibus eam temeritatem non eſſe: contra nemo neget, eſſe per hos valde utiliter ac neceſſario geſtum domini negotium, his omiſſis perituro, aut deteriore futuro, quod nunc vindicatur. quid ni igitur æquum putari, neceſſario factos repeti actione negotiorum geſtorum? hoc vero ſi in malæ fidei poſſeſſore jus eſt: in bonæ fidei poſſeſſore quanto juſtius intelligi? Sic in *d. l. 5.* prima ratione Gordianus. At ſi rem putemus: non eſt hoc illi propoſitum. quid igitur? nempe quod malæ fidei poſſeſſores in rem alienam quid impendentes, numquam ſunt hoc animo, ut eorum quorum res eſt, negotium gerant, eoſve ſibi obligent ejus nomine. tantum ſe ſpectant, & quod ex re ſua eſt: alium minime. utiles igitur impenſas domino cujus res eſt, ne imputent invito. & ſufficiat æquitati, malæ fidei poſſeſſori permitti licentiam, eas tollere ſine læſione prioris ſtatus rei. ſin autem neceſſarias fecerit, eſſe quidem earum repetitionem: at non per actionem negotiorum geſtorum; nam ejus deficit & finis & ratio: ſed ſuo modo & jure cognito, id eſt, ſi poſſideat, oppoſita exceptione doli mali. ita diſerte Veteres in bonæ fidei poſſeſſore *l. 48. D. h. t. l. 14. D. Commun. divid. l. 14. D. de except. dol. mal.* & alibi. quanto magis in *d. l. 5. C. h. t.* ubi proponitur poſſeſſor malæ fidei? ſed quid hæreo ineptus? non aliam intelligi eo in loco repetitionem, quam per exceptionem doli mali, evidentiſſime apparet ex facto Imperatori ab Hereſiano quodam ad reſcribendum oblato. nam in facto illo is qui impenſas repetit, eſt poſſeſſor: atque idem domum quæ vindicatur, dicitur occupaſſe, & officio Judicis eſſe juſſus, ejus poſſeſſionem domino reſtituere cum penſionibus quas percepit, & omni cauſa. ne tamen dominus eo modo cum ipſius injuria fiat locupletior, impenſas neceſſarias ab eo repetit. quo modo? per exceptionem doli mali: aliter non poteſt.

Explicui Edictum Prætoris: dominis amiſſa rei ſuæ poſſeſſione civilem in rem actionem adverſus poſſeſſores proponentis. Porro de Prætoria dicam: nam cum eſſent quibus amiſſam rem vindicare non ſineret anguſtia juris civilis;

lis; eo quod non eſſent ejus domini jure civili aut gentium: tamen quod haberent aliquod in ea jus, in eoque deſeri eos, non eſſet æquum; Prætor molliturus juris rigorem, etiam eis, quaſi dominis, adverſus poſſeſſores accommodavit in rem actionem, ſed utilem. Hujus humanitatis meminit Imp. Juſtinianus §. 3. *Inſt. de actionib.* & pro exemplo ex §. 5. erit actio reſciſſoria, jam explicita ſupra ſub Titulo *Quibus ex cauſ. major.* Aliud præſens ſuggerit Titulus in ſuperficiario: quem Gajus in *l.* 19. *D. de damn. infect.* ait non videri dominum; ſed aliquid, id eſt, ut alibi obſervo, aliud quid, in re jus habere. De hoc ſuperficiario in *l.* 73. §. 1. *l.* 74. *&* *l.* 75. *h. t.* ita ſcribunt Ulpianus & Paulus: *Superficiario, id eſt, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, ut certam penſionem præſtet, Prætor cauſa cognita in rem actionem pollicetur.* Edictum non appono. exſtat infra *lib.* 43. *tit.* 18. *De ſuperficiebus:* ibique expoſitum.

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

Succedit aliud exemplum Prætoriæ rei vindicationis, Publiciana in rem actio: ſic appellata, quoniam a Prætore Publicio in Edicto propoſita eſt §. 4. *Inſt. de actionib.* quis autem fuerit ille Publicius, non eſt facile dictu. meminit quidem Cicero *Pro Cluentio c.* 45. Q. Publicii Prætoris: ſed utrum illi debeatur hæc actio, (quod putat Bertrandus, *De vitis Juriſconſultorum*, *pag.* 244.) an alii; eſt facti: in quo ſine aliis adminiculis diſputando nihil definiri, ſuadeam: cum potuerint plures fuiſſe Prætores ex gente Publicia, quam Quintus a Cicerone adductus. Similiter a Macrobio *lib.* 1. *Saturnal. c.* 7. adfertur Lex quædam Publicia de cereis, ejuſque auctor Publicius Tribunus plebis: non tamen hinc ſequitur, ei ideirco deberi quoque Publiciam de ludis, allegatam a Paulo *l.* 3. *D. de aleatorib.*

Utilius inveſtigabo Edicti verba: nam nec ea liquent hactenus. In *l.* 1. §. 1. *h. t.* ſequentia prodit Ulpianus: *Si quis id quod traditur ex juſta cauſa non a domino, & nondum uſucaptum petet, judicium dabo.* Sed primum illud, *Traditur*, offendit Franciſcum Hotmanum & Antonium Fabrum: pro eo ponentes, *Traditum.* In omnibus tamen libris eſt, *Traditur:* idque dici pro *Traditum*; ut *Oritur*, pro *Ortus* in *l.* 28. §. 1. *C. de Epiſcop. & Cleric.* dudum animadvertit Accurſius: & præſens tempus pro præterito ſæpe poni, ſuis exemplis nuper oſtendit Jacobus Perizonius, V. Cl. *Not ad Sanctii Minerv. lib.* 1. *c.* 13. Illa porro verba, *Ex juſta cauſa*, mihi non videntur eſſe Prætoris: ſed Ulpiani. Prætor, me conjectore, edixit, *Emit.* indicio *l.* 7. §. 11. 15. 16. item *l.* 3. §. 1. *&* *l.* 8. *h. t.* ſed Ulpianus Prætoris verbis præferens ejus ſententiam, pro *Emit*, cum in Edicto, tum in *d. l.* 3. §. 1. poſuit, *Ex juſta cauſa.* non ſine exemplo: nam ſimile quid in recitatione Legis Aquiliæ eum feciſſe *l.* 2. *D. Ad leg. Aquil.* obſervavi *lib. ſing Ad Leg. Aquil. c.* 2. Exciderunt inſuper ex Edicto verba, *Bona fide.* ſervavit hæc Ulpianus *d. l.* 7. §. 11. & quia ad hæc pertinet etiam tenor *d.* §. 15. *&* 16. miror, Bertrandum V. Cl. ſequutum Accurſii Gloſſam, negare, ea verba Edicti eſſe. Præterea puto, Prætorem hoc judicium *adverſus poſſeſſorem* promiſiſſe, & *cauſa cognita:* monſtrante Papiniano *l.* 57. *D. Mandati.* Poſtrema obſervatio erit: quod Imp. Juſtinianus §. 31. *Inſt. de actionib.* Publicianam actionem vocans arbitrariam, ſignificat, Prætorem in Edicto feciſſe mentionem reſtitutionis, arbitrio Judicis faciendæ. Audebo igitur Edictum ad hunc formare modum: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum uſucaptum petet, niſi arbitrio Judicis ei reſtituatur, adverſus eum qui poſſidere dicetur, cauſa cognita judicium dabo.* Daturus Prætor Publicianam in rem actionem duo deſiderat: primum id quod petitur, nondum eſſe uſucaptum. deinde bona fide quem emiſſe, & rem emptam eo nomine ei eſſe traditam. utrumque continetur his Edicti verbis: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum uſucaptum petet.* Hoc præmonendum fuit. nunc ſingula exequar. Merito Prætor ait: *Nondum uſucaptum.* nam ſi uſucaptum eſt, habet emptor bonæ fidei civilem actionem, nec deſiderat honorariam *l.* 1. §. 1. *h. t.* videlicet factus uſucapione dominus. ante non eſt dominus, nec habet directam in rem actionem: quippe cum hæc ita prodita ſit jure civili, ut quis dominium ſuum vindicet. ſed quia ſane durum erat, eo caſu deficere actionem, præſertim adverſus malæ fidei poſſeſſorem cujus nec jus, nec ſpecies juris, erat: inventa eſt a Prætore hæc actio: in qua ne videatur fieri adverſus Leges, is qui poſſeſſionem amiſit, dicit, ſe quaſi uſucepiſſe quod non uſucepit: ſub eoque colore (de quo complura *lib.* 3. *Probabil. c. ult.*) rem alienam, quaſi ſuam eſſe vindicat: quamdiu verus ignoratur dominus, & ipſe cum alio comparatur §. 3. *&* 4. *Inſt. de actionib.* Sic apparet, (quod Paulus ait *l.* 35. *D. de oblig. & act.*) Publicianam dari ad exemplum rei vindicationis. Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. h. t.* dicit, ad inſtar proprietatis, non ad inſtar poſſeſſionis, reſpicere. ut igitur obtineat Publiciana in rem actio; vult Prætor id quod petitur, eſſe in conditione uſucapiendi, ſed non-

dum

dum uſucaptum. Hæc prior Ulpiani obſervatio. Quæ altera? illa debere concurrere, ut & bona fide quis emerit, & res empta ei eo nomine ſit tradita. Sic obſervat Ulpianus *l.* 7. §. 16. *h. t.* Primum oportet rem eſſe traditam: quamvis enim Prætor nolit, impletam eſſe uſucapionem: voluit nihilominus, poſſeſſionem eſſe traditam ex cauſa emptionis; eoque rem poſitam in conditione uſucapiendi. quod ante traditionem poſſeſſionis non fit: *l.* 25. *D. de uſurp. & uſuc.* ſubſtantia obligationis in eo tantum conſiſtente; ut perſonam adſtringat ad aliquid dandum, vel faciendum *l.* 3. *D. de oblig. & act.* Hac igitur ratione Ulpianus *d. l.* 7. §. 16. ante, inquit, traditionem quamvis bonæ fidei quis emptor ſit, Publiciana experiri non poterit. Plane tradita poſſeſſione, non quærit Prætor, quamdiu poſſeſſa res ſit; & ait Paulus *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* ſufficere, vel momento, id eſt, exiguo tempore, poſſeſſam eſſe. ſic ſonat *momentum:* ut apud Livium *lib.* 21. *c.* 24. Non magis refert Prætoris, utrum vera intervenerit traditio, quæ in rebus mobilibus eſt de manu in manum datio, in immobilibus inductio in vacuam poſſeſſionem: an impropria traditio, quæ fit per brevem manum, aut aliam juris fictionem. pone: (quod eſt exemplum *l.* 9. §. 1. *h. t.*) aliquis rem ſuam apud me depoſuit, vel mihi commodavit, aut pignori dedit: mox eam mihi vendidit, & paſſus, eam apud me remanere ex cauſa emptionis: etſi nulla corporalis traditio ex hac cauſa interveniat; erit tamen res pro tradita: eo quod nova traditio rei, ſub cuſtodia mea domini voluntate conſtitutæ, mihi non plus concedet, quam jam habeo §. 43. *Inſt. de rer. diviſ.*

Volens igitur Prætor, petitorem tamquam dominum conſiderari, cum non ſit, meminit traditionis & uſucapionis; ſed harum tantum. quamquam (ut Ulpianus obſervat *l.* 1. §. 2. *h. t.*) ſatis multæ, id eſt, plures, præter eas, ſint juris partes quibus dominium quis nanciſceretur: ut puta, legatum. Paulus *l.* 2. addit mortis cauſa donationes: & ſic præfatur, *Nam amiſſa poſſeſſione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Senſus: Si res legata aut mortis cauſa donata ſit a domino, qui amiſerit ejus poſſeſſionem: competit legatario, ejuſque exemplo etiam donatario, directa rei vindicatio; etſi nulla intervenerit defuncti aut heredis traditio. proinde ſi quid legatum aut mortis cauſa donatum ſit a non domino, & ab eo caſu abierit poſſeſſio; datur legatario, ejuſque exemplo donatario, Publiciana; licet ei a defuncto, ejuſve herede tradita non fuerit poſſeſſio. Subjicitur in *l.* 3. ex Ulpiano: *Sunt & aliæ pleræque.* Exemplum in hoc Pauli *l.* 12. §. 1. *h. t.* *Is cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt, etiam ſi non fuerit nanctus poſſeſſionem, uti poteſt Publiciana.* Nimirum reſtituitur fideicommiſſaria hereditas ex Senatuſconſulto Trebelliano non tantum re ipſa, ſed verbo quoque: utroque autem modo res ſtatim incipiunt eſſe in bonis ejus cui facta eſt reſtitutio; licet nondum nanctus ſit poſſeſſionem *l.* 37. & *l.* 63. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* Quid ergo eſt? Prætor Edicti verbis exprimit adquirendi dominii modos dumtaxat duos: traditionem & uſucapionem: idcirco quod in emptione, quam ſolam attingit cauſam, dominium fere traditione aut uſucapione transfertur. cæterum reliquos adquirendi dominii modos, qui extra traditionem & uſucapionem ſint, non excludit. Itane? ſic convenit ſimilitudini rationis; & ſuadet Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *h. t.* nam cum miratur, a Prætore modos dumtaxat poni duos; & fatetur, plures eſſe; nec eam ſolvit difficultatem: credendus eſt, tacite ſupplere quod palam deeſt ipſius verbis: quaſi ſub expreſſis omnes ejus ſententia contineantur. Antequam ab hac diſcedam parte, non debeo prætermittere, Prætorem, cum vult poſſeſſionem rei quæ Publiciana petitur, eſſe traditam, corporalem rem deſignare: nam ſola corporalis traditur & poſſidetur: incorporalis, ut ſervitus, proprie neque traditur, neque poſſidetur: ideoque ex Edicti verbis nulla petitur. & tamen, poſtquam nancta eſt etiam ſui generis traditionem per uſum accipientis & patientiam tradentis *l. ult. D. de ſervitutib. l.* 3. *D. de uſufruct.* placuit, vel eam ex Edicti mente vindicari utili Publiciana. Hoc ſenſu Ulpianus *l.* 11. §. 1. *h. t.* *Si,* inquit, *de uſufructu agatur tradito, Publiciana datur. itemque ſervitutibus urbanorum prædiorum per traditionem conſtitutis, vel per patientiam: forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquæ ductum tranſduci. item ruſticorum. nam & hic traditionem & patientiam tuendam conſtat.* Hunc Ulpiani locum, ut meretur, expoſui *lib.* 2. *De uſufructu c.* 2. nec jam repetam quæ illic poſſunt videri. tantum ſinas, quæſo, quod ibi omiſi verecundia emendandi, nec interim ab aliis tentatum, me nunc expungere hæc verba: *Forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquæ ductum tranſduci.* Non enim ſunt Ulpiani, ſed Interpretis Veteris, exemplum ſervitutis urbani prædii imprudenter petentis non a dominante prædio, ut ſolent Veteres; ſed a ſerviente: quod ab illis numquam eſt factum, neque ſinit ratio juris certi & indubitati.

Voluit igitur Prætor, id quod Publiciana vindicatur, quo in conditione uſucapiendi & quaſi domini ſit, eſſe traditum: verum ex juſta cauſa, emptione & venditione, verbi gratia. nam ſic loquitur: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum uſucaptum petet.* Ita eſt: Prætor verbo, *Emit,* ſignificat, traditionem, niſi ex cauſa emptionis factam, acturo Publiciana non prodeſſe: cum uſucapio in cujus conditione poſita res eſſe debet, ſine juſta cauſa minime procedat.

dat. Ait igitur Prætor, *Emit.* De pretio vero ſoluto nihil exprimit: & arbitratur Gajus *l.* 8. *D. h. t.* inde poſſe conjecturam capi; quaſi nec ſententia Prætoris ea ſit; ut requiratur, an ſolutum ſit pretium. Illud parum refert, ſi intervenerit emptio, utrum præceſſerit traditionem, an ſecuta ſit. tantum enim vult Prætor, traditam eſſe rem emptam. ſic accipio *l.* 9. §. 2. *h. t.* pone; res eſt tradita ſub conditione, ſi vendatur. quamdiu ſequuta non eſt venditio; nuda dicitur traditio: quæ neque dominium transfert, *l.* 31. *D. de adq. rer. domin.* neque ad uſucapionem valet. ſequuta deinde venditione, efficax ſit ad transferendum dominium, aut alioquin ad uſucapionem. Oportet igitur, ut obtineat Publiciana, rem quæ petitur, tam emptam eſſe, quam traditam. Eſtque id diligenter inquirendum: quia poteſt incidere aliquando dubitatio; ſitne empta res, an non ſit? Ecce: qui eſt caſus *d. l.* 9. §. 3. emi hereditatem. ex ea tradita mihi eſt res aliqua. ejus poſſeſſionem amiſi caſu. eſtne Publiciana: ſive, an habeo Publicianam? quærendi cauſa: quod vendita hereditate, vendita quidem eſt univerſitas: ſed ſingulæ res hereditatis venditæ non ſunt. & præbet argumentum: quod evicta re ſingulari ex hereditate vendita, ob eam non tenetur venditor de evictione *l.* 1. *C. de evict.* proinde ſi tradita ſit res ſingularis, atque ipſa caſu amiſſa, poſſit quis putare, non eſſe Publicianam: quaſi traditione facta ſine cauſa. Sed Neratio placuiſſe, Ulpianus ait, eſſe Publicianam vel hac in ſpecie: nempe, quia vendita hereditate, venditum eſt, quidquid heredis ſit futurum; non amplius, non minus *l.* 2. *D. de hered. vend.* ita tenetur venditor emptori tradere res hereditarias *l.* 14. §. 1. *d. t.* eæ vero traditæ habentur pro emptis venditiſque. Non obſtat *d. l.* 1. *C. de evict.* nam quod ob evictas res hereditarias ceſſat de evictione actio, non hanc habet cauſam, quaſi vendita hereditate, venditæ non ſint res ſingulæ: ſed quod ea venditione agitur, ne emptor habeat plus minuſve, quam venditor habiturus foret *d. l.* 2. unde ſi res evicta non ſit hereditaria: de evictione idcirco non agitur, quia non eſt vendita: & ſi fuit hereditaria, eſt evicta Judicis injuria imperitiave: quo caſu ceſſat actio de evictione *l.* 51. *D. de evict.* Ait igitur Prætor, *Emit:* ſed utrum ad factum reſpicit, qualicumque contentus emptione: an ad jus, id eſt, ad emptionem jure approbatam & validam? eam quæſtionem ſilentio tranſire noluit Ulpianus *l.* 10. *D. de curat. fur. & al. extr. ord. dand.* Verba ejus ſunt obſcura, etiam corrupta; ideoque nec mihi negligenda: cum præſertim ſint ex lib. XVI. Ad Edictum: quo eum præſens Edictum expoſuiſſe intelligitur ex *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *l.* 7. *& aliis ſub h. t.* Verba: *Julianus ſcribit, eos quibus per prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe ad aliquem: quia in bonis non habeant, cum eis deminutio ſit interdicta.* Quæſitum fuit, (ſic ſuſpicor) ſi a prodigo, cui interdicta a Prætore ſit adminiſtratio bonorum, alicui vendita & tradita ſit res aliqua; an ei amiſſa poſſeſſione, danda a Prætore ſit Publiciana in rem actio: quaſi traditione ex ea emptione facta, res poſita ſit in conditione uſucapionis: quod Prætor poſtulat? Sed negat Ulpianus auctoritate Juliani: ſcribentis, *Eos quibus per prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio ſit interdicta.* Sic ubique editur, *quia in bonis non habeant.* Sed deeſt aliquid integro ſenſui. ſuppleo ope Siglorum: *quia* I. *b.* vel, *quia* I. *in bonis non habeant:* & expono, Siglum: *quia jus bonorum,* vel *quia jus in bonis non habeant.* Senſus, Si venditio facta ſit a prodigis quibus a Prætore bonis interdictum ſit; eam nullius eſſe momenti: ideoque ea nihil transferri ad emptorem: nam cum interdicta eis ſit deminutio, deinde eos jus bonorum, vel jus in bonis, id eſt, jus adminiſtrandi ſua bona, non habere. prorſus convenienter huic Horatii *lib.* 2. *Serm. Sat.* 3. *verſ.* 217.

— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor.

Quod de prodigo dixi, etiam in pupillo & furioſo obſervatur. Ecce: aliquis a pupillo emit aliquid ſine tutoris auctoritate, aut a furioſo ſine curatoris conſenſu. neutra valet emptio & venditio. proinde nec Publiciana eſt, nec uſucapio, nec acceſſio poſſeſſionis, nec actio de evictione: ſi emptor ſcivit, venditorem eſſe pupillum aut furioſum, & illis jus vendendi eſſe putavit: nam juris error nulli prodeſt. quid, ſi puberem aut ſanæ mentis eſſe exiſtimavit, lapſus errore facti? nec ſic eſt emptio & venditio: & ideo non magis dabitur Publiciana, nec uſucapio procedet; nec erit acceſſio poſſeſſionis; nec actio de evictione. Sic ſtricta juris ratione: numquam ſinente, effectum ſine cauſa eſſe. Sed auctorem habeo Paulum, hunc rigorem a Veteribus eſſe laxatum: non peræque in omnibus; ſed in uſucapione. nam de illa ſic ſcribit *l.* 13. §. 1. *D. de uſurp. & uſucap. Eum quia a furioſo bona fide emit, uſucapere poſſe, reſponſum eſt.* Paulus, cum ait, *Bona fide*, ponit caſum in quo quis emit a furioſo: arbitratus, eum habere jus vendendi; id eſt, eſſe dominum, & ſanæ mentis: permittitque eo in caſu uſucapionem, quantumvis deſtitutam juſta cauſa, alioquin in uſucapione neceſſaria: aitque, ita eſſe reſponſum, puta, utilitatis cauſa: nam ſic finit *l.* 2. §. 15. & 16. *D. Pro emptore.* De Publiciana videamus. de ea in *l.* 7. §. 2. *h. t.* hæc extant Ulpiani verba: *Marcellus lib.* 17. *Digeſtorum ſcribit, eum qui a furioſo, ignorans eum furere, emit, poſſe uſucapere.* Sic ex Marcello Ulpianus: & ex eo ipſe porro infert, *Ergo & Publicianam habebit.* Rurſus

§. 4.

§. 4. *Si a minore quis emerit, ignorans eum minorem eſſe, habebit Publicianam.* Sic Ulpianus: ut apparet, a ſimili argumentatus ad ſimile. At aliam viam tenuit Paulus *d. l.* 2. §. 15. *&* 16. exiſtimans, (quod convenit *l.* 15. *D. de legibus*, & eſt veriſſimum) ubi utilitatis cauſa, ſive jure ſingulari, quid eſt receptum, & in propoſito de uſucapione traditum; argumentum a ſimili ad ſimile non procedere. atque ita eſt: ſecundum Paulum, non valet argumentum a recepta uſucapione ad recipiendam Publicianam: ſicut nec actio de evictione, aut acceſſio poſſeſſionis, intelligitur eſſe conceſſa: eo quod ex inutili hac emptione utilitatis cauſa, id eſt, ut dixi, ſingulari jure, recepta eſt uſucapio. Is eſt ſenſus Pauli *d. l.* 2. §. 15. *&* 16. Ulpiano contrarius, & ſine ſpe pacis, quidquid excogitetur a felicibus & claris ingeniis: cum uterque Juriſconſultus eodem vixerit tempore; & alter æquitati plus, alter minus, indulſerit adverſus ſeveritatem juris; eoque in diſcidio quid maluerit Populus Romanus, eſt facti: in quo ſine evidente vetuſtatis teſtimonio noſtra ratiocinatio nihil ad liquidum adducere poteſt: præſertim pari utriuſque auctoritate.

Ut ut erit: Prætor vult, acturum Publiciana emiſſe id quod traditum & nondum uſucaptum. Unam nominat adquirendi dominii cauſam, emptionem; cum ſint plures. ex una tamen, quid agat, intelligitur: pervulgato apud Veteres, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bonam eſſe occaſionem, etiam cætera quæ ad eamdem tendunt utilitatem, interpretatione vel juriſdictione ſuppleri *l.* 11. 12. 13. *D. de legib.* Igitur Ulpianus in *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* ex Edicti ſententia (ad hanc enim reſpicit) ſic infit: *Qui igitur juſtam cauſam traditionis habet, utitur Publiciana.* Magis liqueſcet hoc verbis ſequentibus: *Et non ſolum emptori bonæ fidei* (de quo ſolo in Edicto locutus fuerat Prætor) *competit Publiciana; ſed & aliis.* Quibus? omnibus emptioni ſimilibus: ut eſt permutatio *l.* 7. §. 5. *h. t.* etiam dos, ſive æſtimata, ſive inæſtimata; tum res ex cauſa judicati, vel ſolvendi cauſa, vel cauſa noxæ deditionis tradita, ſive vera ſit, ſive falſa: item ſi ſervum ex cauſa noxali, quia non defendebatur, duxero juſſu Prætoris, & amiſero poſſeſſionem: ſed & ſi res adjudicata ſit: item ſi lis fuerit æſtimata, ſimilis eſt venditioni: & ait Julianus, ſi reus obtulit æſtimationem, Publicianam competere. ſed & ſi quis ex lucrativis cauſis accepit, habet Publicianam; eamque adverſus donatorem etiam competere, Ulpianus putat: cauſatus, quod eſt juſtus poſſeſſor & petitor qui liberalitatem accepit. Tenes exempla ab Ulpiano & Paulo enumerata *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 6. *& l.* 7. *pr.* §. 1. *&* 3. *h. t.* Summam Gajus *l.* 13. hanc facit: *Quæcumque ſunt juſtæ cauſæ adquirendarum rerum, ſi ex his cauſis nancti res amiſerimus, dabitur nobis earum rerum perſequendarum gratia hæc actio.* Nec tamen temperamento vel hic abſtinuit *d. l.* 13. §. 1. verbis ſequentibus: *Interdum quibuſdam nec ex juſtis poſſeſſionibus competit Publicianum judicium.* Et rationem duobus exemplis indicat: *Namque pigneratitiæ & præcariæ poſſeſſiones juſtæ ſunt, ſed ex his non ſolet competere tale judicium: illa ſcilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciſcitur poſſeſſionem, ut credat ſe dominum eſſe.* Is vero animus ad poſſeſſionem, uſucapioni & dominio adquirendo aptam, deſideratur. Et jam Paulus *l.* 13. *D. de uſurp. & uſuc. Pignori*, inquit, *rem acceptam uſu non capimus: quia pro alieno poſſidemus.* Non male tamen Paulus *l.* 19. *D. de pignoribus*, (quæ eſt hujus loci: quippe cum ſit ex ejus lib. 19. Ad Edictum ex quo ſunt *l.* 2. *l.* 4. & aliæ ſub *h. t.*) Si, inquit, ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, ſic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

Porro ait Prætor, *Qui bona fide emit non a domino.* Igitur non omnis emptio acturo Publiciana proderit: ſed quæ habet bonam fidem: nam emens a non domino, licet ejus traditione non fiat dominus; conſtitutus tamen propter bonam fidem in conditione uſucapiendi, interim pro domino habetur *l.* 136. *D. de reg. jur.* Dicitur autem *l.* 109. *D. de verb. ſignif.* bonæ fidei emptor is qui ignoravit, eam rem alienam eſſe: aut putavit, eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem eſſe. Ait igitur Prætor: *Qui bona fide emit.* Et fidem bonam ſolius emptoris continet. proinde hoc ſufficit, me bonæ fidei emptorem fuiſſe, quamvis non a domino emerim, licet ille callido conſilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit *l.* 7. §. 11. *&* §. 15. *h. t.* Quid, ſi ſucceſſor, id eſt, heres, ſum, & dolo feci, cum is in cujus locum ſucceſſi, bona fide emiſſet? In hac actione non oberit mihi. Eodem modo nec proderit; ſi dolo careo, cum emptor cui ſucceſſi, dolo feciſſet *d. l.* 7. §. 12. Sed enim ſi ſervus meus emit, dolus ejus erit ſpectandus, non meus, vel contra *d. l.* 7. §. 13.

De eo fuit dubitatum: utrum ſufficiat, bonam fidem eſſe tempore emptionis, an oporteat etiam eſſe tempore traditionis. dubitationem faciebant Prætoris verba: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide.* Sed Julianus lib. 7. Digeſtorum ſcripſit, apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 17. traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri: ideoque ſi ſciens alienam poſſeſſionem apprehendit, Publiciana eum experiri non poſſe: quia uſucapere non poterit. Ulpianus tamen hoc, cum poſſit obſcurum videri, ſic temperat: Nec quiſquam putet, hoc nos exiſtimare, ſufficere initio traditionis ignoraſſe rem alienam, uti quis poſſit Publiciana experiri: ſed oportere

& tunc bona fide emptorem eſſe. Sic Ulpianus: atque inde explicanda *l.* 10. *D. de uſurp. & uſucap.* quæ eſt ſimiliter Ulpiani, atque ex eodem *lib.* 16. *ad Edictum* ex quo eſt *d. l.* 7. §. 17: & ſic habet: *Et obtinuit Sabini & Caſſii ſententia traditionis initium ſpectantium.* Debet enim perinde accipi, quaſi dixiſſet, etiam traditionis initium ſpectantium: ut jam indicavi alibi. Eſt vero hoc ſingulare in emptione: nam in cæteris contractibus ſufficit, bonam fidem adeſſe tempore traditionis *l.* 2. *D. Pro emptore.* In ipſa quoque emptione & venditione ſi emptoris bona fides fuerit tempore contractus & tempore traditionis, deinde ſuperveniens mala fides non nocet Publicianæ: quia Prætor eam tantum duobus illis temporibus deſiderat, ultra non deſiderat: exemplo uſucapionis, etſi in fructuum adquiſitione aliud ſit. atque hoc modo, puto, explicandus ſequens Ulpiani locus *d. l.* 7. §. 14. *Publiciana tempus emptionis continet: & ideo neque quod ante emptionem, neque quod poſtea dolo malo factum eſt, in hac actione deduci, Pomponio videtur.*

Sequitur in Edicto: *Et nondum uſucaptum petet.* Ex his verbis intelligitur, Prætorem, ut Publiciana ſit, non poſtulare, bona fide emptum traditumque etiam uſucaptum eſſe: ſed tantum velle, eſſe in conditione uſucapiendi poſitum. prorſus ut emptor cum non fuerit dominus factus, fieri tamen uſucapione potuerit dominus. Sic hinc placet quoque, quod in *l.* 12. §. 4. *h. t.* ſcribit Paulus, Si res talis ſit, ut eam Lex alienari prohibeat, eo caſu Publiciana non competit. Et præfatur: Quod his caſibus neminem tuetur Prætor; ne contra Leges faciat. Nimirum movet Paulum: quod Prætor hanc actionem proponit, tamquam ex Legis mente, ſub colore dominii uſucapione adquiſiti: videturque adeo fuiſſe ejus conſilium, Legis voluntatem exequi fictione dominii: ſed nihil contra Legem facere ficta uſucapione & alienatione rei, quam Lex aut Conſtitutio alienari prohibet *l.* 9. §. 4. *h. t.* Non aliam ab cauſam Ulpianus *d. l.* §. 5. Hæc actio, inquit, in his quæ uſucapi non poſſunt, puta, furtivis, vel in ſervo fugitivo locum non habet. His enim & ſimilibus rebus cohæret vitium, propter Legem Duodecim Tabularum & Legem Atiniam quæ earum uſucapionem prohibuere. Non ita eſt in vectigalibus & aliis prædiis, etſi nec illa uſucapi poſſint. nam in his Publiciana competit, ſi forte bona fide mihi tradita ſunt *l.* 12. §. 2. & 3. *h. t.*

Promittit igitur Prætor Publicianam petenti totum id quod ſit bona fide emptum traditumque & nondum uſucaptum: hoc enim ſonant verba. nec tamen aliud eſt, petita parte: eſt enim eadem partis ratio quæ eſt totius *l.* 76. *D. de rei vindic.* quando eſt meum quod ex re mea ſupereſt; eoque vindicari poteſt *l.* 49. §. 1. *eod tit.* hoc exemplo procedet Publiciana; ſi petantur reciſæ partes emptæ ſtatuæ *l.* 11. §. 8. *h. t.* idem eſt, ædibus emptis, ſi fuerint dirutæ. poſſunt enim ea quæ ædificio acceſſerunt, hujuſmodi actione peti §. 6. *d. l.* 11. æque, ſi inſulam emi, eaque ad aream pervenit: potero Publiciana uti §. *ult. d. l.* De eo quæritur; ſi emi aream, in eaque inſulam ædificavi, an recte utar Publiciana? nam emi aream, non emi inſulam; & hanc poſſideo ſine cauſa. qua igitur fronte eam vindicem Publiciana quæ non eſt contenta poſſeſſione, niſi tradita ex juſta cauſa. Sed videamus; ne ſufficiat, emptam a me eſſe aream, ejuſque partem fieri ſuperficiem a me impoſitam, etſi a me empta non ſit; nec ſit a ratione alienum, in parte obtinere quod in toto jus ſit. igitur ſicut poſſum domum meam dicere, quam poſui in fundo mihi a domino ex cauſa emptionis tradito: intelligor quaſi dominus inſulæ a me poſitæ in area quam a non domino bona fide accepi ex cauſa emptionis *d. l.* 11. §. 10. plane, quod per alluvionem fundo acceſſit, ſimile fit ei cui accedit: & ideo non petetur Publiciana, ſi ipſe fundus non poteſt ea peti: quod ſi poteſt peti; etiam petetur pars quæ per alluvionem acceſſit *d. l.* 11. §. 7.

Sequitur, adverſus quem detur Publiciana. & apparet, a Prætore promitti adverſus poſſeſſorem. recte: nam cum fundat eam jure in re, id eſt, quaſi dominio; ne miremur, dari adverſus poſſeſſorem, præſertim malæ fidei: cujus nullum jus eſt. de bonæ fidei poſſeſſore quæri ſolet. pone: aliquis rem bona fide accepit ex juſta cauſa: & eam caſu amiſit ante impletam uſucapionem. num habet Publicianam? Julianus (apud Ulpianum *l.* 9. §. 4. *h. t.*) diſtinguit, utrum duo rem emerint ab eodem non domino, an a diverſis non dominis. & ſi quidem ab eodem emerint non domino: putat, petitorem eſſe cui priori res ſit tradita: ſicut obtineret, re duobus vendita a vero domino *l.* 15. *C. de rei vindic.* ſi vero emerint a diverſis non dominis; meliorem eſſe cauſam nunc poſſidentis, quam ejus qui nunc agit Publiciana; licet ei priori res ſit tradita. Sic Julianus. contra Neratius *l.* 31. §. 2. *D. de act. empt.* Sive, inquit, ab eodem emimus, ſive ab alio atque alio: is ex nobis tuendus eſt qui prior jus ejus apprehendit, hoc eſt, cui primum tradita eſt. Sic Neratius. Sed præſtat Juliani ſententia: cum præſertim ei accedat Ulpianus *d.* §. 4. *l.* 9. dicens, veram eſſe. videlicet, ubi ſuum quiſque venditorem habet, par eſt utriuſque emptoris cauſa; & intelligitur in ſua quiſque emptione & poſſeſſione eſſe prior, non inveniens alium, qui ab eodem emerit prior aut poſterior. ſed aliud eſt, ſi uterque ſeparatim emerit & acceperit ab eodem: quia in ea re emenda accipiendaque alter eſt altero prior. Sic egregie Ulpianus: & eſt ſimilis Pauli obſervatio in duobus creditoribus: quibus

ca-

eadem res ſit pignerata *l.* 14. *D. Qui pot. in pign.*

Promittit igitur Prætor actionem Publicianam adverſus poſſeſſorem: ſed cauſa cognita: ut ex *l.* 57. *D. Mandati* in Edicto poſui. Ita non paſſim dabit, nec ſemper: ſed cum æquum erit: nec eſt dubium, quin adverſus dominum eam daturus non ſit. ſcilicet, quia ſemper melior eſt conditio domini, quam cujuſvis bonæ fidei poſſeſſoris, qui non ſit dominus: licet eum interim, cum non apparet dominus, adverſus alios pro domino haberi, non iniquum ſit. Sed rationis fuit, dominum, a bonæ fidei poſſeſſore conventum actione Publiciana, adjuvari exceptione, Si ea res poſſeſſoris non ſit *l.* 16. *l. ult. D. h. t.* verum, ut dixi, cauſa cognita: nempe, ne exceptio adverſus æquitatem manifeſtam ei negetur: imo nec detur temere. ſit hoc exemplum ex Ulpiano *l.* 4. §. 32. *D. de except. doli. mali.* Titius vendidit tibi fundum qui erat Sempronii. tu eum ſoluto pretio traditum accepiſti bona fide. Titius deinde factus Sempronii heres, ſimul fundi dominus, eum aliquo receptum caſu vendidit & tradidit Mævio. quæſtio eſt, utrum tueri debeat Prætor, te, an Mævium? nam tu fundum bona fide emiſti, & traditum accepiſti a Titio, cum non eſſet fundi dominus: competit ergo tibi Publiciana. Mævius eum contra accepit a Titio, poſtquam extitit Sempronio heres; eaque ſucceſſione factus eſt fundi dominus. agenti autem Publiciana adverſus dominum obſtat exceptio, Niſi fundus ſit poſſeſſoris. Atque ita in propoſito foret, ſi Prætor domino exceptione dominii ſemper & ſine diſcrimine ſuccurreret. ſed hoc illi non fuit propoſitum: nam hanc exceptionem ei non ſimpliciter promittit, ſed cauſa cognita: id eſt, niſi æquitas reclamet. Ergo ab hac cauſa Ulpianus Julianum ſequutus, ait, æquius eſſe, Prætorem te tueri: & cauſatur, quod & Titius ipſe, ſi fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali ſummoveretur: & ſi ipſe eum poſſideret, tu vero Publiciana ageres; adverſus excipientem, Si non ſuus eſſet, replicatione untereris; ac per hoc intelligeret Prætor, eum fundum rurſus vendidiſſe, quem in bonis non haberet. Sic ex Juliano Ulpianus *d. l.* 4. §. 32. & ad eumdem plane modnm *l.* 72. *D. de rei vindic.*.

Supereſt, ut de officio Judicis diſpiciamus. ait Prætor: *Niſi arbitrio Judicis reſtituatur, judicium dabo.* Prætor ſignificat, duplex eſſe Judicis officium: primum inſpicere, an actor potuerit dicere, ſe id quod petit, quaſi uſucepiſſe, id eſt, an probaverit, ſe rem petitam ex juſta cauſa traditam non a domino bona fide accepiſſe, & ante impletam uſucapionem amiſiſſe. alterum, an is a quo petitur, eam poſſideat. utrumque ſi cognovit: declarat, petitorem quaſi uſucepiſſe quod non uſucepit; id eſt, eum eſſe quaſi dominum; ſimul jubet, poſſeſſorem petitori id quod petitum eſt cum omni cauſa reſtituere. huic porro juſſui ſi pareatur, bene eſt: ſin minus poſſeſſorem condemnat ita, ut in rei vindicatione dictum. idque eſt, quod Upianus *l.* 7. §. 8. *h. t.* ait: *In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ & in rei vindicatione diximus.*

TITULUS III.

Si ager vectigalis, id eſt, emphyteuticarius petatur.

Sub hoc Titulo adhuc tradendum putavit Imperator exemplum Prætoriæ in rem actionis: quæ in Rubrica vocatur Si ager vectigalis petatur, credo, a primis Edicti verbis. quinam autem ſint tales agri, Paulus *l.* 1. & 3. *D. h. t.* ita tradit: agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur: id eſt, hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipſis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum ſucceſſerunt, auferri eos liceat. Non vectigales ſunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros noſtros colendos dare ſolemus. Idem eſt, & ſi ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum ſit. Igitur ſi cui talis ager a municipibus datus ſit ſuo arbitrio fruendus meliorandusque, conſtituto annuo vectigali, is, quamvis non efficiatur jure civili dominus fundi vectigalis, tamen quia in eo habet jus aliquod dominio proximum: placuit Prætori, ei accommodare utilem in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem; imo etiam adverſus ipſos municipes *d. l.* 1. §. 1. ita tamen, ſi vectigal ſolvat *l.* 2. *h. t.* Hoc nunc breviter: nam de jure emphyteutico alias agam ex profeſſo *lib.* 19. *tit.* 2. qui eſt *Locati conducti.*

LIBER SEPTIMUS.

TITULUS I.

De uſufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.

Expoſita ſuperiore libro vindicatione rei corporalis, tradita hoc & ſequente fuit actio qua ſervitutes, id eſt, res incorporales, vindicantur. ea actio vocatur confeſſoria; diſtincta a negatoria. altera datur contendenti, ſervitutem ſibi ſuove prædio competere: altera datur domino qui negat *l.* 2. *D. Si ſervit. vindic.* Uſus utriuſque ut intelligatur, altius repetenda res fuit: initio facto a definitione & diviſione ſervitutis.

Ea ſervitus eſt, jus in re aliena, quo dominus ad alterius commodum in re ſua aliquid pati, aut non facere, cogitur. Primum dixi, ſervitutem eſſe jus: eo quod omnes ſervitutes paſſim jura appellantur: ut in loco apparebit. Jus porro eſt, facultas jure conceſſa: ut alibi ſæpius obſervavi. dicitur autem ſervitus jus reſpectu ejus, cui debetur: nam hujus jus augetur conſtituta ſervitute: at reſpectu ejus qui ſervitutem debet, non jus eſt, ſed juris deminutio *l.* 5. §. 9. *D. de novi oper. nunciat.* cogitur enim is, conſtituta ſervitute, pati aut non facere, ad quod ea non conſtituta, non teneretur. Deinde dixi, quod ſervitus eſt *jus in re.* Nempe, quia ſervitus eſt qualitas ipſius rei; non perſonæ cujus res eſt: ideoque eam non homo, ſed res, debet; nec amittitur dominii mutatione *l.* 19. *D. Quib. mod. uſusfr. amitt.* denique domino licet rem derelinquere *l.* 6. §. 2. & 3. *D. Si ſervit. vindic.* aut alienare; & derelictam aut alienatam ſequitur ſervitus, ad quemcumque devenerit. *l.* 12. *D. Commun prædior. l.* 36. *D. de ſervit. præd. ruſtic.* Præterea dixi, ſervitutem eſſe jus *in re aliena:* ſequutus Paulum qui in *l.* 26. *D. de ſervit. præd. urb.* confitetur, nulli rem ſuam ſervire. ita in re ſua aut in fundo ſuo jure ſervitutis nil facit dominus: contra utitur & fruitur re ſua jure dominii: magiſque, ſi in ea quid facit, libertas appellatur. Addit definitio: *Quo dominus, ad alterius commodum in re ſua aliquid pati aut non facere cogitur.* Definitio vult, ſervitutem finiri utilitate alterius ſive hominis, ſive prædii: alioquin nullam eſſe. & clara ratione: ea ratio eſt, quod non eſt alicui permittendum, ut præſumat alterius libertatem imminuere, nullo commodo ad eum perventuro. id enim quod habet propoſitum, niſi feritatis, invidiæ, malitiæque? cui neque communis ſenſus indulget, neque jus civile. optime Arnobius *lib.* 7. *Adverſus Geutes c.* 1. *Quidquid geritur, debet habere cauſam ſui, neque ita eſſe ab ratione ſejunctum, ut in operibus feratur caſſis, & in vacuis ludat inanitatis erroribus.* Et in propoſito Pomponius *l.* 15. *D. de ſervitutibus. Quoties nec hominum, nec prædiorum, ſervitutes ſunt, quia nihil vicinorum intereſt, non valet: veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas. & ideo ſi mihi concedas, jus tibi non eſſe, funde tuo uti frui, nihil agitur. aliter atque ſi concedas mihi, jus tibi non eſſe, in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.* Poſtremo ait definitio, *Aliquid in ſuo pati, aut non facere.* Hoc ex *d. l.* 15. §. 1. Tantum de definitione.

Sequitur diviſio. de qua ita Marcianus *l.* 1. *D. de ſervitutibus: Servitutes aut perſonarum ſunt, ut uſusfructus aut uſus: aut rerum, ut ſervitutes ruſticorum prædiorum & urbanorum.* Perſonarum ſervitutes dicuntur, quæ perſonis debentur: rerum, quæ prædiis ruſticis aut urbanis: Hæ in ſpecie ſervitutes appellantur §. 3. *Inſt. de reb. corporalib. l.* 4. *D. de ſervitutib.* & alibi. nec alia ratio eſt: cur Titulus Pandectarum, *De ſervitutibus*, item Titulus Codicis, *De ſervitutibus & aqua*, tantum ad prædiorum ſervitutes pertineat.

Hic liber occupatur ſervitutibus perſonalibus, & initium ſumit ab uſufructu: cujus nobilis materia meretur examinari: ſed explicita a me nuper duobus libris *De uſufructu*, ulteriorem diligentiam hoc loco non deſiderat. omiſſis igitur Titulis cæteris eo ſpectantibus, tantum attingam VII. & VIII.

TITULUS VII.

De operis ſervorum.

Expoſitis pleriſque quæ dicenda fuere de uſufructu, adhuc monendum aliquid fuit de operis ſervorum. legato enim uſufructu ſervi, placet Gajo *l.* 4. *h. t.* fructum hominis in operis conſiſtere, & retro in fructu hominis operas eſſe. ſed non ita ſemper eſt; ſi legatæ proponantur hominis operæ. tum enim ſæpe aliter ſe res habet: nam tale legatum aliquando uſuifructui aſſimilatur, aliquando magis uſus videtur, *l.* 5. *h. t.* eſt etiam, ubi neque uſusfructus dicitur, neque uſus; ſed jus tertium, ab uſu & uſufructu ſeparatum *l.* 1. §. 9. *D. Ad leg. Falcidiam. l.* 2. *D. de uſu & uſufructu legato.* Veriſſime: rem ex ef-

fectis

ſectis æſtimantibus. quo modo? non addo, nec explico leges eo pertinentes, etſi obſcuras: quia eſt mihi religio, hic aliquid tentare poſt Jacobum Cujacium: qui unus ſufficit pro omnibus. eum vide ad *d. l. 2. Tom. 4. Oper. poſthum. parte priore.*

TITULUS VIII.

De uſu & habitatione.

Expoſito uſufructu, id eſt, una ſpecie perſonalis ſervitutis, optime Gajus *l. 1. h. t.* nunc, inquit, videndum de uſu & habitatione. ſed primum de uſu: qui eſt altera ejus ſervitutis ſpecies. nec omittendum *d. l. §. 1.* putavit Gajus evitandæ confuſionis gratia, uſum conſtitui etiam nudum ſine fructu. nimirum, quia fructui & uſus ineſt: uſui fructus deeſt. & fructus quidem ſine uſu eſſe non poteſt: uſus ſine fructu poteſt. ſic Ulpianus confirmat *l. 14. h. t.* de qua vide a me tradita *lib. 2. De uſufr. c. 1.* De hoc igitur uſu qui eſt ſine fructu, præſens agit Titulus. poteſt vero is definiri jus alienis rebus utendi. cum dixi, eſſe jus, volo, eſſe facultatem uſuario jure conceſſam. nam ejus reſpectu jus eſt, pariter ut uſusfructus reſpectu fructuarii: aucta utriuſque facultate, conſtituto jure uſusfructus, aut uſus, cum reſpectu domini proprietatis uterque ſit ſervitus, id eſt, juris imminutio: pariter ut in uſusfructus definitione jam eſt obſervatum *lib. 1. De uſufructu c. 1.* Uſusfructus porro exemplo dixi præterea, quod uſus eſt jus alienis rebus utendi: quia ſervitus ſemper eſt in re aliena, numquam in re propria: etſi negari nequeat, dominum neque re ſua uti, ac uſuarius utitur re aliena. Sed qui eſt uſus, aut uſusfructus, in perſona domini dominium appellatur: in perſona extranei non eſt dominium, ſed uſus aut uſusfructus tantum: ea ratione quam in uſusfructus definitione attuli *d. c. 1.* Poſtremo dixi, quod uſus eſt jus utendi: non addidi fruendi. quia, ut in anteceſſum monui, uſus præſens eſt nudus ſine fructu. & ideo nec opus fuit addi, ſalva rerum ſubſtantia. nam uti re eſt, ex ea commodum & utilitatem percipere: non in infinitum, ſed quantum ſatis eſt, id eſt, non ad compendium, ſed ut neceſſitati vitæ pro cujuſque conditione, & dignitate conſulatur. nec hoc ſine ſubſiſtit vis verbi: ſed præterea vult, eam percipi ad modum, ſive ad conditionem ad quam res vel a natura vel ex inſtituto patrisfamilias comparata eſt: tum poſtremo, ne ſic conſumatur, aut minuatur, ſed ut ſalva maneat ejus ſubſtantia. quod ſi quis aliter, aut ultra, uti velit, is non uti, ſed abuti dicitur. Frui plus ſignificat: nam frui eſt, omnem habere utilitatem ac commoditatem quæ ex re vel occaſione rei percipi poteſt, ſive ſalva rei ſubſtantia, ſive extincta; item ſive ad rei conditionem, ſive contra eam: & hoc demonſtravi plene *d. c. 1.* Sic vero intelligitur, quid indigitet Ulpianus *l. 2. h. t.* Cui, inquiens, uſus relictus eſt, uti poteſt, frui non poteſt. oſtendit enim, minus eſſe in uſu, quam in uſufructu, nec tamen in totum ab uſufructu recedere. Utriuſque communia (a poſteriore enim parte incipiam) hæc ſunt præcipua: quod iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet iiſdemque illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit *pr. Inſt. h. t.* præterea ſicut fructuarius fructus percipere debet cum ſecundum rei conditionem, tum ut ſalva maneat ejus ſubſtantia: ita ſimiliter uſuarius debet eos percipere ad modum rei, & ut ſalva ſit ejus ſubſtantia, quamdiu durat aut uſusfructus aut uſus: finito autem alterutro jure, debet uterque quod ſupereſt, proprietario reſtituere. ac ſicut eo nomine fructuarius a Prætore jubetur de utroque cavere datis fidejuſſoribus, quo de jure ſuo certus ſit dominus proprietatis: ita ſimiliter Prætor, ſi uſus ſine fructu legatus erit, jubet uſuarium, ademta fructus cauſa, ſatiſdare *l. 5. §. 1. D. uſufr. quemadm. cav.* Summa illa ſimilitudinis. Differentiæ hæc eſt: quod in uſu minus juris eſt, quam in uſufructu *§. 1. Inſt. l. 10. §. 4. D. h. t.* nam fructuarius rem fructuariam exercet non ad neceſſitatem tantum, ſed ad compendium quoque: uſuarius autem eam non habet ad compendium, ſed tantum ad neceſſitatem ſuam quotidianam, pro dignitate tamen. ita alter poteſt eam cum aliis communicare locando, vendendo, donando: alter non poteſt, præterquam in paucis caſibus qui ſunt in *l. 12. §. 4. & l. 22. D. h. t.* recepti jure ſingulari.

A ſuperiore differentia pendet etiam ſequens, quod uſusfructus eſt dividuus *l. 5. D. de uſufr.* uſus omnem diviſionem reſpuit *l. 19. h. t.* Ab eadem quoque ratione in oneribus differt uſus & uſusfructus: nam ſi omnis fructus ad uſuarium pertinet, rationis eſt, etiam onera ad eum pertinere, ſin ad proprietarium redeant commoda, ad eum etiam ſpectent onera: poſtremo ſi communia utriuſque ſint commoda, etiam communia utriuſque ſint onera *l. 18. D. h. t.* Nec hoc omitto: cum ſimiliter ſit ab eodem fonte: quod uſusfructus extinctus non ſemper redit ad proprietatem propter jus accreſcendi: uſus vero jus accreſcendi non agnoſcit. Hæc ſic in genere ſunt vera & clara: ſed ut Fori diſputatione pleraque ſunt in ſingulis definita, variatum admodum fuit a Veteribus, ideoque generali hac expoſitione contentus non fuit Ulpianus, ſed ſeparatim videri voluit de uſu domus,

fundi, ſervi, pecoris. De quibus præclare Janus a Coſta *ad h. t. Inſt.* quem vide.

Supereſt altera pars Rubricæ, De habitatione: tertiam adferens ſpeciem ſervitutis perſonalis §. *ult. Inſt. h. t.* non tamen ex regulis juris: & præbet argumentum, quod has Marcianus *l.* 1. *D. de ſervitutibus* quæ eſt ex *lib.* 3. *Regularum*, perſonarum ſervitutes enumerans, eas eſſe ait, *uſum & uſumfructum*; nulla habitationis facta mentione. Modeſtinus etiam *l.* 10. *D. de capite minutis*, *Si*, inquit, *habitatio legetur*, *morte quidem legatarii legatum intercidit*, *capitis deminutione tamen interveniente perſeverat: & pro ratione ſic ſubjicit: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure conſiſtit.* quomodo a Paulo *l.* 27. §. 2. *D. de pactis* in ſtipulationibus dicitur jus contineri, in pactis factum verſari. Et in *l.* 48. §. 1. *D. de adq. rer. dom.* dicitur uſucapio quidem ad jus, fructuum vero perceptio ad factum pertinere. Putemus igitur, habitationem extra regulas juris fuiſſe receptam pro ſervitute perſonali, idque etiam indigitare Imperatorem *d.* §. *ult.* cum ait, habitationem neque uſum videri, neque uſumfructum, ſed quaſi proprium aliquod jus. quamquam, ut ab utroque diſtinguatur, magis ad uſum, quam ad uſumfructum accedere, Ulpianus cenſet. *l.* 10. *D. h. t.* Verba Ulpiani: *Si habitatio legetur, an perinde ſit, atque ſi uſus, quæritur? & effectu quidem idem pene eſſe legatum uſus & habitationis, & Papinianus conſenſit lib.* 18. *Quæſtionum. Denique donare non poterit. ſed eas perſonas recipiet quas & uſuarius. Ad heredem tamen nec ipſa tranſit: nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.* Sic editur. Male. ſcribo: *Ad heredem nec ipſa tranſit: nec tamen non utendo amittitur, nec capitis diminutione.* veriſſimo ſenſu quem probavi *lib.* 3. *Probabilium c.* x. Atqui idem Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. Uſufruct. quemadm. caveat*, *Et ſi*, inquit, *habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis, relictæ fuerint, ſtipulatio locum habebit; licet per omnia hæc uſumfructum non imitantur.* Sic omnes libri. ſi vere: habitatio magis ad uſumfructum accedat, quam ad uſum. Sed videamus, ne hic quoque laboret ſcriptura, & præſtet reſtitui, *Licet per omnia hæc uſum fructumve non imitantur.* Ita conjeci *d. lib.* 3. *c.* xi. ubi vide. Dixi, quid obtinuerit, legata habitatione. ſed quid, ſi χρῆσις ſit relicta, aut relictus domus uſusfructus habitandi cauſa: vel uſus habitandi cauſa? de omnibus his ex Veterum ſententia Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. & 2. Sed a vetuſtate abit Juſtinianus *l.* 13. *C. de uſufructu.*

LIBER OCTAVUS.

TITULUS I.

De ſervitutibus.

Titulus hic, etſi inſcribatur *De ſervitutibus*, tantum prædiorum ſervitutes complectitur: cum alioquin uſusfructus & uſus etiam ſervitutes indigitentur *l.* 1. *h. t.* Sed quæ prædiorum jura ſunt, ſervitutes per excellentiam appellari, dictum eſt *Tit.* 1. *ſuperioris libri.* De his ſic Paulus *l.* 3. *h. t. Servitutes prædiorum aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt.* Hæ urbanæ *l.* 20. *D. de ſervit. præd. urb.* illæ ruſticæ, appellantur *l.* 13. *D. de ſervit. præd. ruſtic.* inde quæſitum ibi; an vel vineis acquiratur ſervitus ruſtica. erat dubitatio; quod vineæ videntur ad ſuperficiem reſpicere: cum ruſticæ ſervitutis ſit, ſolo prodeſſe. Sed placuit Javoleno, vineis acquiri ruſticam ſervitutem: quaſi his debita ſervitus, magis ad ſolum reſpiciat. ideoque, inquit, Javolenus, ſublatis vineis, ſervitus manebit, vineis impoſita, quaſi ſolo, non ſuperficiei, inhærens.

TITULUS II.

De ſervitutibus prædiorum urbanorum.

Ait igitur Paulus *l.* 3. *D. de ſervitutib.* ſervitutes urbanorum prædiorum (inde ordictur interpretatio) in ſuperficie conſiſtere. quia vero ædes ſuperficiarias vocamus *l.* 2. *D. de ſuperficiebus*, Juſtinianus §. 1. *Inſt. de ſervit. præd.* convenienter Paulo, urbanorum, inquit, prædiorum ſervitutes eſſe has quæ ædificiis inhærent. nec male addit, ideo urbanorum prædiorum dictas: quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint. Idque & Ulpianus confirmat *l.* 1. *D. Commun. præd.* Exempla porro ſervitutum urbanorum prædiorum Gajo *l.* 2. *h. t.* talia ſunt: jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi. Item ſtillicidium avertendi in tectum vel aream vicini,

cini, aut non avertendi. Item immittendi tigna in parietem vicini: & denique projiciendi protegendive: cæteraque iſtis ſimilia. Primum Gaji exemplum eſt, jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini. An recte? aliquis dubitet: eo quod unicuique jure naturali licet, in ſuo facere id quod velit, etiam cum alieno incommodo *l. 9. D. h. t.* modo nihil immittat in alienum *l. 8. §. 4. D. Si ſervit vindic.* certo, eum qui jure ſuo utitur, nulli injuriam facere *l. 55. D. de reg. jur.* ſic vero, cur jus altius tollendi, cum libertatis ſit, a Gajo ſervitus urbani prædii appelletur, cauſa non eſt. Sed mihi probabile eſt, ad ſervitutem accedere: ſi ponatur, quod Romæ legibus definita fuit altitudo, intra quam unuſquiſque ædificando deberet conſiſtere. talem autem Romæ fuiſſe formam, inter alios obſervant J. Lipſius *lib. 3. De magnitud. Rom. c.* 4. B. Briſſonius *lib. 1. Select. antiq. c.* 1. & P. Faber ad *l. 61. D. de reg. jur.* etiam attingunt hanc *l. 1. C. de ædific. privat. l. 1. C. de ſervit. l. 11. D. h. t.* In hoc igitur juris ſtatu ſi maneat ædificatio infra præſcriptam formam, libertas eſt: ſi eam ſuperet, vicino permittente, appellatur ſervitus. Licuit vero, vicinis, ut apparet, pactionibus & ſtipulationibus in hoc venire adverſus leges: poſtquam creditum eſt, talem formam magis ad privatam, quam ad publicam, utilitatem pertinere. Sed hoc ex *d. l. 11. & l. 8. §. 1. C. de ædific. privat.* intelligitur.

Alterum urbanæ ſervitutis exemplum Gajo *d. l. 2. h. t.* venit jus altius non tollendi. obtinet illam vicinus, a vicino impetrans; ne ædes ſuas tollat ad præſcriptam legibus altitudinem. Indicio hoc Impp. Diocletiani & Maximiani, Aniceto cuidam reſcribentium, *Altius ædificia tollere, ſi domus ſervitutem non debeat, dominum ejus minime prohiberi. l. 8. C. de ſervitut.* Ita, ſi hoc modo non obſcurentur vicinæ ædes. Imo Ulpianus *l. 9. D. h. t.* ſcribit, *Cum eo qui tollendo obſcurat vicini ædes quibus non ſerviat, nullam competere actionem.* Proinde quiſquis nolit, ædes ſuas ædificando fieri obſcuriores, eum oportet a vicino impetrare, ne ædes ſuas altius tollat. Sic apparet civilis ratio admittendæ hujus ſervitutis, tam certa ejus utilitate, ne luminibus officiatur. is vero finis interdum ſubauditur a Veteribus: ut fit in *l. 2. & l. 12. D. h. t.* interdum exprimitur hoc modo: Ne altius quis tollat ædes, ne luminibus officiatur: ut in *§. 1. & ult. Inſt. de ſervit. prædior.* Gajus *lib. 2. Inſt. tit. 1.* ita indicat: *altius erigendæ domus aut non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat.* Locus Gaji huc uſque fuit in vitio: ſed me conjectore, eſt ad hanc faciem reformandus. Hoc infra oſtendam. interim non præteribo; quod hæc ſervitus, ſic concepta adjecto ejus fine, non eſt duplex ſervitus; ſed una duntaxat: in qua poſteriora verba pendent a prioribus; ab iiſque ſic coarctantur, ut ſolam impediant obſcurationem luminum, ædibus altius ſublatis contingentem. & eſt hinc conſequens; (auctore Javoleno *l. 12. D. h. t.*) ut ædificia quæ patiantur ſervitutem Ne quid altius tollatur, poſſint ſupra eam altitudinem habere viridaria: puto, quod ea formula de viridibus tacet: ſolum cavet, ne altius ædificetur. &, ſi plus voluit ſtipulator, debet ſibi imputare: quod ubi poterat ſtipulatione plus complecti, non fuit plenius locutus: Juriſprudentia ſemper libertatis, numquam ſervitutis, ſtudioſa ſine expreſſa ſtipulatione *l. 99. D. de verb. oblig.* Viridia porro, ut hoc addam, apud Javolenum ſunt arbores, ſilvæ, pomaria, ſimilia, in ſummis tectis poſita. Auctor Plinius *lib. 14. Hiſt. nat. c. 14.* verbis ſequentibus. *In tecta jam ſilvæ ſcandunt.* Seneca quoque *Epiſt. 122. Non vivunt contra naturam? qui pomaria in ſummis turribus ſerunt, quorum ſilvæ in tectis domorum ac faſtigiis nutant, inde ortis radicibus quo improbe cacumina egiſſent.* Item Rutilius Numatianus, *Itinerario.*

Quid loquar incluſas inter laquearia ſilvas
Vernula qua vario carmine ludit avis.

Huc uſque de jure Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur.

Proxima deliberatio erit de ſervitute Ne luminibus officiatur. quæ ſervitus, ut apparet ex *l. 4. l. 15. l. 16. l. 23. D. h. t.* etiam Lumen appellatur, & ſervitus Luminum: pari forma qua ſervitus Proſpectus alias dicitur jus Proſpectus, & Ne proſpectui officiatur: cum ſit una ſervitus, pluribus nominibus deſignata: ut in ſequentibus apparebit. Sed quid eſt? Servitus quam vocamus Lumen, vel jus Luminum, vel Ne luminibus officiatur, latiſſime patet. ſimpliciter quippe concepta; nec, ut ſuperior illa Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur, ullo fine aut modo coarctata, conſequenter fit adverſus eam quocumque modo obſcurentur ædes; ſive ædificando, ſive aliter. Id in oculis habuit Paulus *d. l. 4. h. t.* ſi recte exponantur ejus verba admodum obſcura. *Luminum ſervitute conſtituta, id adquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, Ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus ſit vicino, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum.* Quid hic Paulus? putat, unam eſſe ſervitutem: quæ brevius dicitur Lumen, vel ſervitus Luminum: plenius ſervitus, Ne luminibus officiatur: pari formularum poteſtate. Nec te offendat vocula, *autem*, qua utitur Paulus: ſumenda enim pro *etiam*: ut ſæpe apud noſtros & alios auctores: Atqui Paulus, impoſita ſervitute, Ne luminibus officiatur, ait, nos hoc maxime videri adeptos, ne vicino jus ſit, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum. Recte mones. Paulus non ſim-

pliciter ait, hoc nos adeptos eſſe; ſed ait, videri nos hoc maxime adeptos. indigitans, nos ea formula non eſſe adeptos ſolum, ne ædes noſtræ altius ædificando obſcurentur: ſed etiam aliud præterea. quid autem hoc ſit, ipſe non declarat Paulus *d. l.* 4. ſed Ulpianus *d. l.* 15. *h. t.* ſic loquens, edente Haloandro: *In luminibus autem ne lumina cujuſquam obſcuriora fiant.* Ulpianus in ſervitute Luminum, ſive Ne luminibus officiatur (nam de ea agit) ita obſervari refert; ne lumina qualicumque modo fiant obſcuriora. & inde mox ſic infert: *Quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi poteſt, ſi ſervitus debeatur.* Senſus eſt, conſtituta ſervitute Luminum, ſive Ne luminibus officiatur, prohiberi, quidquid fiat ad luminis impedimentum; ſive altius ædificando, ſive poſitis arboribus. Hoc poſui exemplum, ut ab ipſo ſuggeritur Ulpiano *l.* 17. *h. t.* quam ſoleo conjungere cum *d. l.* 15. ſicut olim cum ea cohæſit: monſtrante utriuſque cum Inſcriptione, tum argumento. ſic vero ſonat: *Si arborem ponat, ut lumini officiat, æque contra impoſitam ſervitutem eum facere.* Quam ob rem? præfatur Ulpianus, *Et arborem efficere, quo minus cæli videri poſſit.* Nec hoc fine terminat formulæ amplitudinem. quin eam latius porrigit: quid enim, *ſi id quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, ſolem autem auferat?* ſic pergit Ulpianus: *Si quidem eo loci quo gratum erat, eum non eſſe, poteſt dici, nihil eum contra ſervitutem facere: ſin vero heliocamino vel ſolario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, ubi ſol fuit neceſſarius, contra ſervitutem impoſitam fieri.* Ulpianus appellatione *heliocamini* vel *ſolarii*, quæ verba idem ſignificant, intelligit locum in ædibus aliquando tectum, aliquando ſubdialem, excipiendo ſoli comparatum. ejus ſolarii meminit Plautus *Milit. glorioſ. act.* 2. *ſc.* 3. *verſ.* 79. & Suetonius *Claudio c.* 10. heliocamini Plinius *lib.* 2. *Epiſt.* 17. Utebantur tali loco Veteres apricantes: in ſole jacentes, aut ambulantes nudi: ut apud eumdem Plinium, *lib.* 3. *Epiſt.* 5. *&* *Epiſt.* 1. Sic apparet, Ulpiano recte videri, etiam contra hanc ſervitutem fieri; cum umbra fit in ſolario vel heliocamino: cui ſol eſt neceſſarius. Sequitur apud Ulpianum *d. l.* 17. §. 1. *&* 2. *Per contrarium ſi deponat ædificium vel arboris ramos quo facto locus opacus quondam cœpit ſolis eſſe plenus: non facit contra ſervitutem. hanc enim debuit, ne luminibus officiat. nunc non luminibus officit, ſed plus æquo lumen facit.* Nec hoc omittendum putavit Ulpianus, *Interdum dici poſſe, eum qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere: ſi forte* τῇ ἀντανάκλασιν, *id eſt per refractionem, ſeu repercuſſionem vel preſſura quadam, lumen in eas ædes devolvatur.*

Dedi integrum ſenſum formulæ ſervitutis Luminum, ſive Ne luminibus officiatur, interpretatus Paulum poſteriore parte *d. l.* 4. *h. t.* Reſtat, quid priore deſignet, ſic ſcribens: *Luminum ſervitute conſtituta, id adquiſitum videtur, ut vicinus lumina excipiat.* Paulus, *Lumina excipi*, ait: ut in *l.* 20. §. 6. *h. t.* dicit, *recipi ſtillicidia:* adverſus quæ nihil jure fieri poteſt. Quod ſi eſt: apparet Paulum *d. l.* 4. voluiſſe ſervitutem Luminum idem complecti jus, quod comprehenditur ſervitute, Ne luminibus officiatur. adeoque unam eſſe ſervitutem, formulas duas: nec intereſſe, hac, an illa, utamur: utraque eodem exeunte. Sic mihi incidit. aliis placet, Paulum, conſtituta ſervitute Luminum, vicino concedere jus aperiendi ſuum parietem, & lumina ſive feneſtras in apertum immittendi. Male: quando poteſt unuſquiſque dominus, niſi lege prohibeatur, (quod in propoſito nuſquam invenio factum) æque lumina, ſive feneſtras, in ſuum parietem immittere ſuo jure; ac poteſt ſua libertate in eo facere quæ velit, alia omnia *l.* 8. §. 5. *D. Si ſervit. vindic.* etſi vicino quod facit, ſit moleſtum. Hoc Paulo fuiſſe negotium, vel hinc evidens eſt: quod non dicit, Luminum ſervitute conſtituta, eſſe adquiſitum; ut poſſimus lumina noſtra immittere, ſed ut vicinus lumina noſtra excipiat. quod (ut modo demonſtratum) ſignificat, vicinum a quo ceſſa ſit ſervitus Luminum, non poſſe immiſſis luminibus jure officere.

Hoc conſtituta Luminum ſervitute, quam dixi etiam vocari ſervitutem Ne luminibus officiatur. Idem ea non conſtituta: vel ſic indubitato dominii jure. Lubet tamen, quo magis liqueat res elegans, etiam ei lucem petere ab hoc Ulpiani *l.* 11. *D. h. t.* *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, ſciet ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere.* Aliquis aperuit ſuum parietem, inque apertum immiſit lumina ſeu feneſtras, non impetrata a vicino ſervitute Luminum, ſive ſervitute Ne luminibus officiatur. Hæc ſpecies. Quid Ulpianus? putat, Eum qui lumina ſeu feneſtras in proprium parietem immiſit, non conſtituta Luminum ſervitute, in ſuo uſum eſſe jure ſui dominii: ſed vicinum contra in ſuo ædificantem, ponentemve aliquid, ejus luminibus poſſe officere pari dominii jure, ſervata forma ac ſtatu antiquorum ædificiorum. Siccine? quæris? ſi putaſſet Ulpianus, lumina nullo jure eſſe a domino in ſuum parietem immiſſa, non conſtituta Luminum ſervitute: juſſiſſet, vicinum agere actione negatoria, non eſſe adverſario jus, ita lumina ſive feneſtras habere. Nunc id non agit: tantum facit vicino jus, adverſarii luminibus officere: modo inter hoc quod ponit ædificarve ad luminum obſtructionem, ſpatium legitimum relinquat. Exiſtimat igitur Ulpianus, lumina ab uno domino in parietem ſuum jure immitti, quamvis citra ſervitutem: & ab altero in ſuo jure ob-

Digitized by Google

obſtrui, pari utrique libertate. quod ſi nolit quis, feneſtras in ſuum immiſſurus: ei neceſſe eſſe, a vicino impetrare non jus immittendi lumina ſive feneſtras, quod ultro habebat: ſed jus Luminum, ſive jus Ne luminibus officiatur, quod non habebat. Sic Ulpianus. Simile innuit Pomponius *l. 23. D. h. t.* hiſce verbis: *Si ſervitus impoſita fuerit*, lumina quæ nunc ſunt, ut ita ſint, *de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod ſi ita ſit cautum*, ne luminibus officiatur, *ambigua eſt ſcriptura: utrumne his luminibus officiatur, quæ nunc ſunt, an etiam his quæ poſtea quoque fuerint? & humanius eſt verbo generali omne lumen ſignificari, ſive quod in præſenti, ſive quod poſt tempus conventionis contigerit.* Mea ſententia, Pomponius domino permittit, feneſtras ſive lumina in parietem ſuum immittere, etſi non impetrata ſervitute Luminum, vel Ne luminibus officiatur: ita tamen, ut vicino quoque jus ſit, eis officere. nam quæſito, utrum ſub jure Luminum, vel Ne luminibus officiatur, tantum præſentia, an futura quoque, lumina comprehendantur; ſi nolit, domino licere, lumina in ſuum parietem immittere ſine vicini conſenſu: poſſit metui; ne nullus ſit ejus quæſtionis uſus: ſiquidem nihil attineret quærere; an vicino liceat officere luminibus ab altero immiſſis, quod eſt minus: cum poſſit, quod plus eſt, agere actione negatoria, adverſario non eſſe jus, ſe invito ea lumina immiſſa habere.

Hactenus de proprio pariete. De alieno quæris? vix opus: nullo dubio, quin vicinus in eum, domino invito, nequeat lumina immittere: & contra dominus, ei ceſſo jure immittendi lumina, immiſſa teneatur excipere, id eſt, immiſſis non officere. Illud non inutiliter conjecero, hanc ſervitutem quæ eſt jus immittendi lumina, ſeu immittendi feneſtras, in vicinum, id eſt, in alienum parietem a Gajo *lib. 2. Inſt. tit.* 1. proprio nomine jus feneſtræ appellari. Gaji verba quia adhuc corrupta circumferuntur, appoſui, ut corrigam, ſicut promiſi ſupra. ſunt autem hæc: *Prædiorum urbanorum jura ſunt, ſtillicidia, feneſtræ, cloacæ, altius erigendæ domus, aut non erigendæ, & luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat.* Sic editur. ſed videamus, ne forte melius ſcribatur, *ſtillicidia, cloacæ, feneſtræ, altius.* Etiam ſuſpicor, poſt verba, *aut non erigendæ*, vacare hæc, *& luminum*; cum ſufficiant ſequentia; *Ut vicinæ domui lumen non tollat.* Sane exemptis inde verbis, *& luminum*, plenus eſt Gaji ſermo, nec diſſimilis huic Juſtiniani in §. 1. *Inſt. de ſervitut. præd. Ne altius quis tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat.* Interim expungi verba, *& luminum*, non placet mihi. malim, rejici ad loci finem: diſtincturo ſic Gajo jus luminum, ſive jus non officiendi luminibus, a jure domus altius non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat: quibus verbis ille, ut ante dictum, deſignat jus altius non tollendi, ne luminibus officiatur. Sic domi conjeci, atque a Gajo nominari tres diſtinctas ſpecies ſervitutum: jus immittendi lumina ſeu feneſtras; jus luminum, ſive ne luminibus officiatur; & jus altius non tollendi, ne luminibus officiatur: & reſtituendum hoc modo eſſe Gajum: *Prædiorum urbanorum jura ſunt, ſtillicidia, cloacæ, feneſtræ, altius erigendæ domus, aut non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat, & luminum.* Dixi, quid juris ſit, feneſtris in alienum parietem immiſſis, conſtituta ſervitute: ac ſi quis eas in alieno fecerit, vel vi, vel clam, vel precario, nullo jure feciſſe. optimo igitur jure placet Diocletiano ac Maximiano, cum compelli, opinor, actione negatoria, ſuis ſumptibus opus tollere, & integrum parietem reſtituere *l. 8. C. de ſervitut.*

Tantum de pariete plane alieno. Age, videamus de communi, id eſt, de alieno ex parte. Paulus *l. 40. D. h. t.* ſic ſcribit: *Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt*, aperto pariete communi, *nullo jure feneſtras immiſiſſe reſpondi.* Hæc recepta lectio: in qua duo notabo: primum, non fieri mentionem juris luminum, neque juris non officiendi luminibus; ſed juris luminis immittendi, id eſt, ut ſupra dixi, juris feneſtræ. Deinde monebo, parietem quem communem vocat Paulus, accipi oportere communem non pro indiviſo, ſed pro diviſo regionibus: ut de lapide, deque inſula, dicitur *l. 7. §. ult. l. 8. l. 29. D. de adq. rer. dom. & l. 83. D. Pro ſocio.* id ideo: quod ſic paries eſt pro parte alienus, eoque capax ſervitutis: cujus non foret capax, ſi eſſet communis pro indiviſo: non ſolita ſervitute pro parte imponi aut adquiri *l. 6. §. 1. D. Commun. præd.* Immiſit igitur vicinus feneſtras in parietem pro diviſo communem. An jure? Paulus affirmat, ſi fuerunt immiſſæ ab eis qui habuerunt jus immittendi luminis: ſive jus immittendi feneſtras: alioquin negat. ita conſtat ratio receptæ lectioni, *aperto pariete communi.* Sed huic litem de ſinceritate movet Dominus Cujacius *lib. 1. Obſerv. c.* 31. pro ea ponens, *aperto cæco pariete:* non improbante Leunclavio, V. CL. *lib. 2. Annot. c. 29.* quamquam ipſe malit, *aperto pariete inlumini.* Illis cauſa ſic emendandi fuit; quod putarent, luminum immiſſionem, quantumvis factam in parietem proprium, qui erat cœcus, niſi conſtituta luminum ſervitute, legibus fuiſſe probibitam. Sed talis prohibitio eſt facti, & probanda; nuſquam vero liquet in Pandectis aut alibi Pauli tempore. contra demonſtravi evidenter, unicuique tum licuiſſe, in ſuum parietem feneſtras jure ſuo immittere; vicino autem ad removenda illa immiſſa non competiiſſe actionem negatoriam: ſed dumtaxat jus officiendi luminibus. Eſt igitur retinenda recepta lectio, *aperto*

pariete communi. ac ne quem offendat inhumanitas curioſi vicini, facile lites ac rixas paritura: contra oportet meminiſſe differentiæ quam alibi feci inter juris regulas & juris præcepta. nec fruſtra addam hoc ex Harmenopulo *lib. 2. tit. 4. pag.* 131. *& ſeq. Curioſi quidam atque invidi probibere eos nituntur, qui domos extruunt, unde in ædeis vicini pateat aſpectus. id quod neque legibus cavetur, neque ex veterum ædificiorum ratione colligere licet, veteres banc injuriam putaſſe. videmus enim omnes fere domos ſe invicem ſpectantes. Nulla enim veteres illi invidia laborabant. Quocirca neque nos damnum ullum in tali aſpectu eſſe cenſemus. unuſquiſque igitur ex iis qui hoc incommodi loco ducunt, vicino quidem more ſuo ædificare permittat, ipſe vero ſuas muniat & ita obſtruat ædeis, ne ſpectari poſſit: idque vel apertis qui dicuntur, cancellis, vel ſepibus, vel ut aliter libuerit. Neque enim propter alterius damnum, æquum eſt quemquam ſua munire ac obſtruere.*

Oſtendi, ex ſententia Pauli in *d. l. 4. h. t.* unam eſſe ſervitutem, quæ alias Lumen vocatur, alias Luminum, alias Ne luminibus officiatur. Videamus, an liceat hoc exemplo putare, etiam unam eſſe ſervitutem; quæ modo dicitur Proſpectus, modo Jus proſpectus, modo Jua ne proſpectui officiatur: Sed, puto, etiam hæc, cum una ſit, tot nominibus optime indigitatur *l.* 15. *&* 16. *D. h. t.* Verba loci utriuſque adſcribam: quia præterea faciunt diſcrimen inter Lumen & Proſpectum, ipſum non indignum annotari. Verba *d. l.* 15. ex Ulpiano hæc ſunt: *Inter ſervitutes,* Ne luminibus officiatur, *&* Ne proſpectui offendatur, *aliud & aliud obſervatur: quod in* proſpectu *plus quis habet, ne quid ſcilicet officiatur ad gratiorem proſpectum & liberum. in* luminibus *autem, ne lumina cujuſquam obſcuriora fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, probiberi poteſt, ſi ſervitus debeatur.* Verba *d. l.* 16. ex Paulo talia ſunt: *Lumen, id eſt, ut cælum videatur. & intereſt inter* lumen *&* proſpectum. *nam* proſpectus *etiam ex inferioribus locis eſt:* lumen *ex inferiore loco eſſe non poteſt.*

Sequuntur aliæ duæ ſervitutes prædiorum urbanorum: una eſt jus immittendi tigna in parietem vicini *l. 2. D. h. t.* altera oneris ferendi §. 1. *Inſt. de ſervit. præd.* Differunt illæ: quod qui habet jus tigni immittendi, poteſt tignum ex ſuo pariete immittere in vicini parietem, ita ut ibi quieſcat *l.* 242. §. 1. *D. de verb. ſignif. l.* 8. §. 2. *D. Si ſerv. vindic.* at in ſervitute oneris ferendi hoc plus venit, quod qui hanc debet, tenetur columnam aut parietem reficere *l. 33. D. h. t.* Non ſinebat hoc natura ſervitutum *l.* 15. §. 1. *D. de ſervitut.* ideoque cum ea res in Fori diſputatione verteretur, negabat Gallus, ſervitutem ita poſſe imponi; ut quis aliquid facere cogeretur; ſed ne me facere prohiberet. Cæterum ait Ulpianus, evaluiſſe Servii ſententiam in propoſita ſpecie: ut quis poſſit defendere, ſibi jus eſſe, cogere adverſarium, reficere parietem ad onera ſua ſuſtinenda *l.* 6. §. 2. *Si D. ſervit. vindic.* hoc, opinor, colore: quod omnes ſervitutes ſunt perpetuæ, exemplo prædiorum quibus inhærent. parietes & columnæ contra, niſi reparentur, tempore pereunt. igitur qui debet jus oneris ferendi, tenetur ad parietis aut columnæ refectionem: eo quod in lege ædium ita eſſet ſcriptum, Paries oneri ferundo uti nunc eſt, ita ſit: eaque formula poſtulat, eum parietem oportere eſſe in perpetuum: nec tamen hac agitur, ut in perpetuum idem paries æternus eſſet; quod ne fieri quidem poteſt: ſed uti ejuſdem modi in perpetuum eſſet paries oneri ferundo idoneus. quemadmodum ſi quis alicui caviſſet, ut ſervitutem præberet qui onus ſuum ſuſtineret, ſi ea res quæ ſervit, & tuum onus ferret, periſſet, alia in locum ejus dari debeat *d. l.* 33. Interim quia ipſa res, non homo cujus ea ſit, debet ſervitutem, ideo licet domino, volenti impenſas refectionis evitare, fundum relinquere *d. l.* 6. §. 2. Plane ſicut refectio pertinet ad vicinum, ita fultura ad eum cui debetur ſervitus *l.* 8. *D. Si ſervit. vindic.*

Sequitur apud Gajum *l. 2. h. t. Item ſtillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi.* Imp. Juſtinianus §. 1. *Inſt. de ſervit.* etiam meminit *fluminis.* Intereſt autem inter utramque ſervitutem: nam ſtillicidium eſt, cum aqua pluvia ſtillatim cadit de ſummo tecto. flumen, cum per imam ædium partem more fluminis effunditur. Ita ſervitus ſtillicidii eſt; cum vicinus cogitur pati, ut aqua pluvia de vicini tecto caſitet in ejus ædes, aream, aut cloacam: fluminis vero, cum vicinus tenetur pati, ut aqua in canalem collecta, in ejus aream aut cloacam effundatur. utraque ſervitus eſt avertendi, vel non avertendi. jus avertendi ſtillicidium vel flumen eſt, cum vicinus noſtrum ſtillicidium aut flumen cogitur recipere in ſuam domum, aream, aut cloacam. jus non avertendi eſt, cum vicinus prohibetur ſuum flumen aut ſtillicidium derivare in vicini aream, domum, aut cloacam. habetque ea ſervitus uſum; ubi vicino legibus aut moribus licet, ſuum ſtillicidium aut flumen in vicini aream avertere. Ita D. Vinnius *ad d.* §. 1. *n.* 5. Eſt porro jus ſtillicidii levius, quam fluminis: ideoque altius tolli poteſt ſtillicidium: dimittere jus non eſt. ſimiliter licet ſtillicidium retro ducere; producere non licet. præterea ſi ex tegula cecidit ſtillicidium, deinde non poteſt fieri, ut ex tabula caſitet *l.* 20. §. 4. *&* 5. *h. t.* uno verbo, poteſt levior fieri ſervitus, durior non poteſt. Eſt & alia præter hanc obſervatio: quod domino fundi ſervientis ibi, ubi caſitare cœpit ſtillicidium, ædificare non licet *d. l.* 20. §. 3. niſi ædificatione non præjudicetur ſervituti *d. l.* 20. §. *ult*, *& l. fin.* §. *fin. h. t.*

h. t. aut dominus fundi dominantis patiatur: exiſtimandus ſervitutem ſuam ſic amiſiſſe *l.* 8. *D. Si ſervit. vindic.* Non obſtat *l.* 21. *D. de ſervit. præd. urban.* Quia eædem ædes ibi duas debebant ſervitutes: unam, ne altius tollerentur; alteram, ut ſtillicidium reciperent. ac proinde altiore ædificatione conceſſa, uni tantum ſervituti, non alteri quoque, renunciatum videri, manifeſtum eſt. ideoque ſic ædificari licebit, ut nihilominus recipiatur ſtillicidium.

Illud pulchræ eſt quæſtionis, ædificio ex quo cadit ſtillicidium, ſublato, ut eadem qualitate & ſpecie reponatur: idemne, an aliud, ædificium intelligatur? Propoſita & deciſa ea quæſtio a Paulo *l.* 20. §. 2. *h. t.* latiuſque a me tractata, *De uſufructu lib.* 1. *c.* XI.

Poſtremo ait Gajus *l.* 2. *h. t. Et denique projiciendi, protegendive, cæteraque iſtis ſimilia.* Supra de immiſſis dictum. ab his nunc projecta & protecta diſtinguuntur. nam immiſſum dicitur tignum, quod aliquo requieſcit loco. projectum, quod extra ædes ita projectum, ut nullo loco requieſcat *l.* 242. §. 1. *D. de verb. ſignif.* Talia projecta ſunt mœniana: de quibus inter cæteros Iſidorus *lib.* 15. *Origin. c.* 3. *pag.* 1195. ſunt etiam alia. Pertinet igitur projectum ad urbanas ſervitutes. Atque ab hac cauſa Alfenus *l.* 17. *D. Si ſervit. vindic. Si quando*, inquit, *inter binas ædes paries eſſet, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum ſemipedem aut amplius procumberet: agi oportet, jus non eſſe, illum parietem ita projectum in ſuum eſſe invito ſe.* Igitur remedium quo hoc incommodum emendatur, eſt actio negatoria. Illud quæritur, an projecta, immiſſave, aut ſimilia, etiam poſſint perdi aut dirui privata auctoritate ejus cujus injuria ſit? ea quæſtio eſt propter *l.* 27. *D. h. t.* & *l.* 29. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* Sed has explicui *lib. ſing. Ad Leg. Aquil. c.* 19.

TITULUS III.

De ſervitutibus prædiorum ruſticorum.

HIc Titulus a ſervitutibus urbanorum prædiorum tranſit ad ruſticorum prædiorum ſervitutes. De his ſtatim occurrunt in *l.* 1. ſequentia Ulpiani verba: *Servitutes ruſticorum prædiorum ſunt hæ: iter, actus, via, aquæductus.* Hic vero mireris appoſita verba, *ſunt hæ:* cum ſint ſpecies plures, quam enumeratæ. Sed, credo, reſpicit Ulpianus ad Artis noſtræ initia: & vult, has ſolas, non alias, tum regulis juris fuiſſe deſignatas. Melius hoc in ſequentibus apparebit. nunc præſentia expoſiturus Ulpiani verba, primum attingam iter. id ille ſic definit: *Iter eſt jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi.* Ire vero eſt, pergere, fere negotii cauſa. ambulare contra eſt, ſpatia facere, & ſpatiis factis in eadem veſtigia reverti, amœnitatis plerumque gratia. Hanc verborum proprietatem annotavit antehac V. CL. Auſonius Popma *lib.* 1. *De differentiis verborum.* Si vere, ut puto: audebo, confiteri, *ambulandi ſpatiandive* verba itineris definitioni initio non conveniſſe: reſiſtente rigore juris qui tum erat, ne prædii ſervitus ultra ejus neceſſitatem egrederetur *l.* 8. *D. de ſervitutibus.* & tamen potuere illa ambulandi & ſpatiandi verba ab Ulpiano itineris definitioni in *d. l.* 1. optime inſeri: poſtquam adverſus juris regulas moribus obtinuit, prædii ſervitutem non tantum neceſſitatis prædii, ſed etiam amœnitatis cauſa conſtitui. fac: aliquis prædio ſuo a vicino impetrat jus ſpatiandi in amœnis deambulationibus quas ille Veterum more (de quo ſcripſi *lib.* 1. *De uſufructu c.* 5.) in voluptario prædio habebat. Hoc igitur exemplo poteſt, opinor, iter ab Ulpiano veriſſime dici jus eundi ambulandi. Quo modo? ſive quis pedes, ſive eques, commeare velit. ſic obſervat Modeſtinus *l.* 12. *h. t.* non male: nam & equis ire dicuntur homines. De Parthis Juſtinus *lib.* 41. *c.* 3. *Equis omni tempore vectantur; illis bella, illis convivia, illis publica ac privata negotia obeunt; ſuper illos ire, conſiſtere, mercari, colloqui. hoc denique diſcrimen inter ſervos liberoſque eſt: quod ſervi pedibus, liberi non niſi equis incedunt.* Paulus *l.* 7. *d. t.* plus ait: *Qui ſella vel lectica vehitur, ire non agere dicitur.* Cum *ſellam*, vel *lecticam* nominat: intellige *geſtatoriam*, & utriuſque fuiſſe uſum, impetrato a vicino geſtandi jure in locis prædii amœnis, quos Veteres *geſtationes* indigitaſſe, monui *d. c.* 5. *lib.* 1. Jam vero *lecticæ* & *ſellæ* differentiam, item cur his iri, non agi dicatur, ſi quis quærat, ei videre licebit pridem tradita a V. CL. Joſepho Averanio *lib.* 1. *Interpret. jur. c. ult.* Cæterum quod de equo, ſella, & lectica dixi, an in nave quoque placet? Paulo videtur *l.* 23. §. 1. *h. t.* Verba Pauli: *Si lacus perpetuus in fundo tuo eſt, navigandi quoque ſervitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi poteſt.* Et recte: nam & navigio iter deterius fieri, dicit Prætor *l.* 1. *D. de flumin.* Et Ulpianus §. 14. *ibidem*, iter navigii in Edicto pro navigatione poſitum eſſe ait. Et poſſe ſic accipi iter navi deterius fieri. Et mox: Si pedeſtre iter impediatur, non ideo minus iter navigio deterius fit. Poſtremo addit Ulpiani definitio, *Iter eſſe jus eundi ambulandi homini:* cum etiam cætera ire dicantur animalia: ut in illo Virgilii *Eclog.* 1. *Ite meæ, quondam felix pecus, ite capellæ.* Et *Eclog.* 7. *Ite domum ſaturæ, venit heſperus, ite capellæ.* Sed cæteris animalibus, ne vagentur eo, quo non

non oportet, ſolet addi paſtor. tum vero eſt actus, non iter.

Vidimus iter. quis actus? Ulpianus *d. l.* 1. *h. t.* ſic definit: *Actus eſt, jus agendi vel jumentum, vel vehiculum.* addit: *Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, & iter habet etiam ſine jumento.* Primum ait, *jumentum:* puto, exempli cauſa. nam actum eſſe, ubi & armenta trajicere licet, teſtis eſt Modeſtinus *l.* 12. *D. h. t.* Deinde ait Ulpianus, *vel vehiculum.* Hotmanus legit, *non etiam vehiculum.* ſed errat: nam actum vel cum vehiculo, plauſtro verbi gratia, vel ſine vehiculo eſt. illud apparet ex *d. l.* 12. *l.* 7. *D. h. t.* & *l.* 11. *D. Quemadmod. ſervit. amitt.* hoc ex *l.* 13. *D. de ſervit.* Quod ſequitur apud Ulpianum *d. l.* 1. *Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, & iter habet, etiam ſine jumento.* id etiam confitetur Julianus *l.* 58. *D. de verb. oblig.* Nulla tamen fit in actus definitione eundi mentio. Nempe, quia iter ab actu ſeparatum, non eſt de ſubſtantia actus: ſicut nec iter continetur proprietate verbi, *actus.* aliud enim eſt iter, alius actus *l.* 9. *D. de novat.* quin iter ſequitur actum, fere ex tacita voluntate paciſcentium: qui volentes actum quo plus continetur, iter quod minus eſt, noluiſſe, intelligi non debent *l.* 21. *l.* 110. *D. de reg. jur.* niſi hoc egiſſe manifeſte appareat. Eo ſenſu dicit Ulpianus *l.* 4. §. 1. *D. Si ſervit. vindic.* eum qui actum ſine itinere habet, actione de ſervitute uti. plane, ſi quæratur de itinere ad agendum neceſſario, ſine hoc actus numquam eſſe poteſt: & de tali itinere accipi ſolet Paulus *l.* 1. *D. de adim. legat.* Putemus igitur, cui actus debetur, ei vel iter ſeparatum, niſi exceptum ſit, deberi tacite.

Nunc viam conſideremus. id meretur res obſcura & difficilis. Eam ſic definit Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* *Via eſt, jus eundi & agendi & ambulandi. nam & iter & actum via in ſe continet.* An recte? eſt quod metuas. nam ſic inter viam & actum nihil intereſt; etſi eas ſervitutes Ulpianus manifeſte diſtinguat. at nec poteſt negari; quod ut actus ab agendo, ſic via a vehendo, dicitur. Varro *lib.* 4. *De ling. Latin.* *Ut quo agebant actus, ſic qua vehebant, viæ dictæ.* Et *lib.* 1. *De re ruſtica c.* 3. *A quo ruſtici etiam nunc quoque viam veham appellant.* Ubi tamen vehiculum in definitione viæ apud Ulpianum? nuſquam. proinde viſum quibuſdam, Ulpiano in *d. l.* 1. pro verbo, *eundi*, reponere, *vehundi:* ut via ſit jus vehundi, agendi, eundi atque ambulandi. Alii obſervant, Florentiæ exhiberi a Taurellio, *Nam & iter & actum & ſe via continet.* Et perinde accipiendam lectionem putant; ac ſi diceret Ulpianus, viæ appellatione non ſolum comprehendi quod ei ſit commune cum itinere & actu; ſed etiam quod ei maxime proprium ſit, id eſt, vehiculum. Interea conſtans eſt cæterorum Codicum lectio: *Via eſt, jus eundi & agendi, & ambulandi. nam & iter & actum via in ſe continet.* Atque hanc lectionem etiam Græci retinent in *Baſilic. lib.* 58. *tit.* 3. *tom.* 6. *pag.* 769. nec inde abhorret Celſus *l.* 6. §. 1. *D. Quemadm. ſerv. amitt.* & *l.* 9. *D. de ſervitutibus:* verbis, *ire agere*, utroque in loco omnem viæ poteſtatem deſcribens. Eodem ſenſu Paulus *l.* 2. *D. Quemadm. ſervit. amit.* *Qui*, inquit, *iter & actum habet:* pro, qui viam habet. Et in *l.* 9. *D. Si ſervit. vindic.* *Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris; poſſum intendere, jus mihi eſſe ire agere.* Paulus *iter* dicit; ſed ſcripſit, *Si eo loco per quem mihi iter actus debetur:* nam de via ei ſermo eſt in ſequentibus manifeſtus; & de ea par expreſſio: nec alia in hac Inſcriptione ex Corpore J. Gruteri V. Cl. *pag.* 201.

PER. HANC
VIAM. FUNDO
C. MARCI. CL·
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR

Volvimur circa definitionem Ulpiani: & ipſe in *d. l.* 13. §. 1. *D. de acceptilat.* *Si*, inquit, *iter & actus accepto fuerit latus: conſequens erit dicere, liberatum eum qui viam promiſit.* Ulpianus indicat, quia via conficitur ex duobus, id eſt, ex itinere & actu: ideo promiſſa via, promiſſorem, ſi ei accepto feratur iter & actus, a viæ promiſſione liberari. Hæc me, ne auſim a recepta abire ſcriptura, retinent ſolius curioſum ſenſus. huc autem redit: quod via in ſe comprehendit omnia, itineri atque actui qualicumque ratione convenientia. ita fuerit viæ & actus differentia: quod via neque ſine itinere, neque ſine vehiculo, eſſe poteſt. at actui ſine itinere, etiam ſine vehiculo, eſſe licet. illud, quia is qui it, non utique agit: hoc, quia jumentum ducens, non minus agit, quam agens vehiculum. porro actus definitio altero contenta eſt actu aut jumenti aut vehiculi: via indefinite dicitur jus agendi: adeo non ſtat intra jumenti actum: quin omnem agendi facultatem etiam vehiculi deſiderat *l.* 4. *D. de ſervitutibus.* amplius admittit jus trahendi tignum & lapidem. addo, cum it, jus ferendi haſtam rectam, modo fructus non lædat *l.* 7. *D. h. t.* ea vero cum neque in itinere, neque in actu, inſint: tandem liquet, viam ab itinere & actu ſeparari: nec eo minus verbis, *ire* & *agere*, abſolvi: dum ea in via liberam, plenam, atque omnimodam inveniant eundi & agendi facultatem, quam vim in itinere & actu non habent. Mea opinione, apud Ulpianum huc eunt ſequentia verba: *Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi. nam & iter & actum via in ſe continet.* Et eſt ſenſus: quidquid eſt itineris aut actus ullo modo, nullo excepto, hoc via conſummatur. Illud

non

non omittam, in *l.* 23. *D. h. t.* laborare hæc Pauli verba: *Via conſtitui vel latior octo pedibus, vel anguſtior, poteſt, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire poteſt: alioquin iter erit, non via.* Sic editur: ſed eſt lacuna, ſic integranda: *alioquin iter vel actus erit, non via.* Nempe latitudo actus; ſi non ſit demonſtrata, eſt illa ab arbitro ſtatuenda qua animal quadrupes ire poteſt. In via aliud juris eſt: non enim dicta latitudine, debetur legitima *l.* 13. §. 2. *D. h. t.* habens ex Lege Duodecim Tabularum in porrectum pedes octo: in anfractum, id eſt, ubi flexum eſt, ſedecim *l.* 8. *d. t.* poteſt tamen latior, etiam anguſtior, conſtitui: modo vehiculum illa ire poſſit. ſane Pomponius *l.* 13. *D. de ſervitutibus* ſic ait: *Si tam anguſti loci demonſtratione facta, via conceſſa fuerit; ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire poſſit: iter magis quam via aut actus adquiſitus videbitur. ſed ſi jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum; actus videbitur adquiſitus.* Eſt & alia, præter hæc, differentia inter actum & viam, notata a Paulo *l.* 7. *D. h. t.* ad quam D. Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 35.

Ex quatuor ſervitutibus ruſticis ab Ulpiano *l.* 1. *h. t.* enumeratis, ſupereſt aquæductus: iſque definitur ibi, jus aquæ ducendæ per fundum alienum. quo modo? aut forma ſtructili, aut plumbeis fiſtulis, aut canalibus ligneis, aut fictilibus tubis. ſic Palladius *lib.* 9. *De re ruſtica c.* 11. ad aquam vero quod attinet: ait Ulpianus, ſolam duci perennem: talemque eſſe quæ a capite ducitur, non aliunde: & hujus tantum aquæ ſervitutem civili jure conſtitui. addit, caput eſſe, unde aqua naſcitur: ſi ex fonte, ipſum fontem: ſi ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia foſſarum quibus aquæ ex flumine vel ex lacu ſolent in primum rivum communem pelli. plane, ſi ſudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere aqua incipit, ejus hoc caput dici, ubi primum emergit. Sic Ulpianus *l.* 1. §. 5. 7. & 8. *D. de aqua quotid.* eique accedit Paulus *l.* 9. *D. h. t.* verum addit, hodie ex quocumque loco conſtitui ſolere. *Hodie* autem eſſe poſt Reſcriptum Antonini ad Tullianum, intelligitur ex Ulpiano *l.* 2. *D. Commun. præd.* eſtque illi exemplum in aqua per rotam tollenda ex flumine; vel ſi caſtello, id eſt, receptaculo aquarum, imponatur ſervitus: qua de re ad ſequentem Titulum. Hæc de definitione aquæductus. pauca ſequuntur de cauſa. Ea ab initio una fuit rigandi agri ſiccanei, quatenus ei erat opus; non ultra. adeo non potuit aqua duci ad quem perſonæ uſum commoditatemve, ut pecoris cauſa, vel amœnitatis, in prædia ruſtica vel urbana: nec magis potuit ducta cum alio communicari prædio, aut alio prædii loco, quam cui adquiſitus eſſet aquæductus. fundamentum regulæ erat: quod aquæductus non putabatur eſſe jus ſive qualitas ipſius domini, ſed prædii, ideoque extra prædium, ejuſque neceſſitatem, non intelligi. Is rigor placuit ab initio. At invaleſcente paulatim cultiore vita, an luxuria, deinde inductum fuit adverſus veteres regulas, ut aqua duci poſſet non tantum rigandi agri cauſa, ſed etiam ob domini ipſius commoditates alias, ut eſt pecoris cauſa, vel amœnitatis, cum in ruſtica, tum in urbana prædia. Sic accipiendum: quod in *l.* 3. & *l.* 1. §. 11. *D: de aqua quotidiana* dicitur, *Hoc jure utimur:* nam ejus verbi vis eſt, Sic poſt multas variationes, tandem obtinuiſſe adverſus juris regulam. Non minus obtinuit, ut aquæductus loco certo aut fundo certo adquiſitus, cum alio loco aut fundo quam cui conſtitutus ſit, communicari poſſet: ſi præſertim fieret ſine damno ſervientis prædii, aut ſi in conſtituenda ſervitute ſic placuiſſet pactis aut ſtipulationibus: alterum, quod ſervanda crederetur fides pacti: alterum, quod non videretur jus invidioſum poſtulare: volens ſibi prodeſſe, cum non nocet alteri. Sed hæc, aliaque, ut ſunt elegantia & nondum pervulgata, diligentiſſime a me expoſita *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. & 3. hic pro repetitis haberi cupio.

Tenes ſervitutes ruſticorum prædiorum, ab Ulpiano in *l.* 1. *D. h. t.* enumeratas. Nunc accipe cæteras, mox in §. 1. ſubjectas. Verba Ulpiani ſunt: *In ruſticis computanda ſunt, aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.* Viſæ igitur Ulpiano etiam hæ ſervitutes ruſticæ fuere: at non ab initio ex regulis juris: ſed poſtquam ampliatis rebus privatis, & mutatis civitatis moribus, ſic uſui placuit. Nec dubito, quin in §. 2. *Inſt. de ſervit. præd.* huc eat hoc Juſtiniani: *Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes quidam computari recte putant aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.* Ita eſt: illa & ſimilia de quibus in *l.* 3. 4. 5. & 6. *h. t.* jure civili aliquando non fuere pro ſervitutibus ruſticis. Movebat, quantum conjicio, quod ad agriculturam illa proprie non putabantur pertinere: etſi poſſent aliquam perſonæ domini adferre utilitatem. Verum adverſus hanc ſubtilitatem prævaluit tandem ſententia exiſtimantium, a domino percepta ejus generis commoditate, non ſuo, ſed fundi nomine, non idcirco ſeparanda a ſervitutibus ruſticorum prædiorum eſſe ea jura: quemadmodum ubi haberi poſſint, a bono ruſtico negligi ideo non oportere, quod ad agriculturam proprie non pertineant, bene & ſapienter obſervat Varro *lib.* 1. *de re ruſtica c.* 4.

De ſingulis videamus. primum Ulpiani exemplum in *d. l.* 1. §. 1. venit aquæ hauſtus: eſtque is jus hauriendæ vicinæ aquæ ad uſum fundi vel familiæ ruſticæ. Unde? poſſit quæri: quia de procuranda villæ aqua neceſſaria hæc eſt Varronis deliberatio *d. lib.* 1. *c.*

14. *In villa ædificanda hoc potiſſimum, ut intra ſepta villæ habeat aquam, ſi non quam proxime. primum quæ ibi ſit nata, ſecundum, quæ influat perennis. ſi omnino aqua non eſt viva, ciſternæ faciundæ ſub tectis, & lacus ſub dio, ex altero loco ut homines, ex altero ut pecus uti poſſit*. Sic Varro. Sed quid Jureconſultis placuit? aquæ hauſtum concedi ex vicino fonte vel puteo: in quibus eſt aqua viva & perennis: ſicut cauſam ſervitutis fundi perpetuam eſſe, illi civili jure voluere *l.* 1. §. 6. & 7. *D. de aqua quotid.* An ex ciſterna quoque? negat Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de fonte:* addita ratione; quod ciſterna non habet perpetuam cauſam, nec vivam aquam: ſed ciſternæ imbribus concipiuntur. idem eſſe ait Ulpianus; ſi lacus, piſcina, puteus, vivam aquam non habeat. præterea obſervat Ulpianus *l.* 3. §. 3. *h. t.* quod ne ex flumine publico quidem, licet viva & perennis ſit ejus aqua, aquæ hauſtus conceditur: ſcilicet, quia hæc eſt communis omnium jure naturali. ad flumen igitur ſolum cedi ait iter: & ſi quis tantum hauſtum ceſſerit, nihil agi. Hoc in flumine publico. in privato autem fonte cenſet, etiam eum qui hauſtum habet, intelligi, iter ad hauriendum habere: proinde, ſive ceſſum ei ſit jus hauriendi & adeundi, utrumque habiturum: ſive tantum hauriendi, ineſſe & aditum: ſive tantum adeundi ad fontem, ineſſe & hauſtum. Sic Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. cum eoque conjungendum hoc ex *l.* 5. (eſt enim ex eodem Ulpiani libro ex quo *d. l.* 3.) *Ergo ſecundum eum* (Neratium) *etiam vindicari poterit*. Id vidit Jacobus Labittus V. Cl. Ego hoc plus addam, idem in *l.* 4. §. 6 *D. Si ſervit. vindic.* ſignificari his Ulpiani verbis: *Sed & de hauſtu, quia ſervitus eſt, competunt nobis in rem actiones.* ſenſus: In rem actiones etiam de aquæ hauſtu nunc competere: quia ut olim dubitaretur, an aquæ hauſtus eſſet prædii ſervitus: tamen hodie prædii ſervitus habetur: pro eaque vindicanda in rem actiones certo jure competunt.

Tantum de primo Ulpiani exemplo in *l.* 1. §. 1. *h. t.* Quod alterum? pecoris ad aquam appulſus: eſt & tertium, jus paſcendi. atque utrumque ait in ruſticis computandum eſſe, licet initio fuerit aliter. id eo verius: quia illas ruſticas eſſe ſervitutes, etiam a Paulo traditum *l.* 6. §. 1. *h. t.* Non minus hoc probat *l.* 4. Ulpianus: ſed uſus teſtimonio Neratii: quo non eſſet opus, ſi juris regulis deberetur. Verba Ulpiani ſunt: *Item ſic poſſunt ſervitutes imponi, & ut boves per quos fundus colitur, in vicino agro paſcantur, quam ſervitutem poni poſſe, Neratius lib.* 2. *Membranarum ſcribit*. Superioribus adhuc addam ſequens Papiniani reſponſum ex *l.* 4. *h. t. Pecoris paſcendi ſervitutes, item ad aquam appellendi, ſi prædii fructus maxime in pecore conſiſtat, prædii magis, quam perſonæ videtur.* Addit Papinianus: *Si tamen teſtator perſonam demonſtrat cui ſervitutem præſtari voluit, emptori vel heredi non eadem præſtabitur ſervitus.* Eſt igitur jus paſcui, item pecoris ad aquam appulſus jure Pandectarum ſervitus ruſtici prædii, ſi dominus eo jure prædii ſui nomine utatur. alioquin perſonæ. ſed de hoc in ſequentibus plura.

Poſtrema ruſticarum ſervitutum exempla in §. 1. *d. l.* 1. *h. t.* ſunt, jura calcis coquendæ & arenæ fodiendæ. Paulus *l.* 6. §. 1. addit jus lapidis eximendi, ædificandi ejus gratia quod in fundo ſit. Rurſus ait Ulpianus *l.* 3. §. 1. ut fructus in vicina villa exportentur, coactique habeantur, & pedamenta ad vineam ex vicini prædio ſumantur ſervitutem conſtitui poſſe. plus ait *d. l.* 3. §. 2. poſſe te vicino, cujus lapidicinæ fundo tuo immineant, cedere, ei jus eſſe, terram, rudus, ſaxa, jacere, & ut in tuo lapides provolvantur, ibique poſiti habeantur, indeque exportentur. Inſuper ait Ulpianus *l.* 5. §. 1. conſtitui ſervitutem eretæ eximendæ: veluti (quod eſt exemplum Pauli *d. l.* 6.) ſi quis figulinas haberet in quibus vaſa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur: aut ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam *l.* 6. *h. t.* Non tamen hæc concedit in infinitum: ſed dumtaxat, quatenus ad eum fundum opus ſit *d. l.* 5. §. 1. Veriſſime: ſi aliter non convenerit. Quid ſi hoc ſit? Jam video metui: ne magis uſusfructus, quam prædii ſervitus, ſit; præeunte, ut creditur, Paulo in *d. l.* 6. Etſi non deſunt quoque: qui tantum perſonalem hac in ſpecie obligationem eſſe, exiſtiment. Verum ego calculum meum nec his, nec illis, adjeci umquam: arbitratus, Paulum certa uti diſtinctione: utrum jura illa a perſona percipiantur ejus, an prædii, contemplatione: & priore caſu perſonæ, poſteriore prædii, ſervitutem appellare. Nec tamen diſſimulem, mihi confuſa & turbulenta apparere Pauli verba, mutato eorum ordine ab Architectis juris: definitionem *d. l.* 5. §. 1. per exemplum adjuturis ex *d. l.* 6. Quid, ſi præterea ſuſpicor, Paulum ante verſum, *Quid ergo*, in §. 1. *d. l.* 6. aliquas attigiſſe ſpecies, non ad fundi neceſſitatem, ſed ad augendos ejus reditus, præſtandamve quam perſonæ commoditatem, pertinentes? Mitto verba: res loquitur, abſque his foret, parum cohæſurum cum ſuperioribus quod in ſequentibus a Paulo dicitur de jure tugurii in alieno habendi. hoc enim nihil confert ad ſupplendam fundi neceſſitatem quam exigere creditur Paulus: tantum ſpectat ad evitandam aëris injuriam; id eſt, tantum ad procurandam perſonæ commoditatem. Non differam te: id vel ſequentia oſtendunt Varronis verba ex *lib.* 2. *De re ruſtica c.* 17. *Qui autem ſunt in ſaltibus & ſilveſtribus locis paſcunt, & non villa, ſed caſis repentinos imbres vitant.* Sic Varro. etiam Iſidorus *lib.* 14. *Origin. c.* 12. *p.* 1202. Verba: *Tugurium caſula eſt, quam faciunt ſibi cuſtodes vinea-*

vinearum ad tegimen ſui, quaſi tegurium, ſive propter ardorem ſolis & radios declinandos, ſive ut inde homines vel beſtiolas quæ inſidiari ſolent natis fructibus, abigant. Hanc ruſtici capannam vocant: quod unum tantum capiat. Ita ſentio; & licebit mihi, Paulum retentis prope iiſdem verbis in *d. l. 6. pr. &* §. 1. ſibi hoc modo reſtituere: *Item longe recedit ab uſufructu jus calcis coquendæ & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ ædificandi ejus gratia quod in fundo eſt: item ſilvæ cæduæ, ut pedamenta in vineas non deſint: item cretæ eximendæ, veluti ſi figulinas haberet in quibus ea vaſa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; ſicut in quibuſdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam. Sed ſi ut vaſa venirent, figulinæ exercerentur, uſusfructus erit. Quid ergo, ſi prædiorum meliorem cauſam hæc faciant? Non eſt dubitandum, quin ſervitutis ſit. Et hoc [&] Mæcianus probat: in tantum, ut & talem ſervitutem conſtitui poſſe putet, Ut tugurium mihi habere liceret in tuo, ſcilicet, ſi habeam paſcui ſervitutem, aut pecoris appellendi, ut ſi hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.* Sic Paulum reſtitui jam olim *lib.* 1. *Probabilium c.* 3. nec adhuc piget. Senſus; In omnibus his ſpeciebus magis videri domini commoda, quam prædiorum neceſſitatem, contineri: nec eo minus appellari prædiorum ſervitutes, quoties ad domini perſonam veniunt: non ipſius, ſed prædii nomine: eo quod augentia prædii reditum pretiumque, faciunt meliorem ejus conditionem. cæterum, ſi quis habeat jus talia in vicini fundo faciendi, magis perſonæ ſuæ, quam prædii, contemplatione; hæc non deberi ei vi ſervitutis prædii, ſed perſonalis ſervitutis. Sic Paulus, atque eo certius: quia tale jus perſonæ datum ejus cauſa, in *l. 4. D. de ſervit. præd. ruſtic.* ſervitus appellatur: & quidem uſus, ſi ſubſiſtat intra perſonæ neceſſitatem *l. 37. D. eod. tit.* uſusfructus vero, ſi ad compendium porrigatur *d. l. pr. h. t.* quod ſi liqueat, aut teſtatorem aut contrahentes noluiſſe, hujuſmodi jura vel prædii vel perſonæ ſervitute æſtimari: non jam prædium convenietur confeſſoria in rem actione; ſed heres aut promiſſor ſaltem actione in perſonam convenietur. Ne deeſſent exempla, curavi olim *d. c.* 3. *Probabilium lib.* 1. Nunc elegans hoc addo ex teſtamento Megonii, quod eſt in Corpore Gruteri, V. CL. *pag.* 215. *Inſcript.* 2. hiſce verbis: HOC. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIPUBLICAE. PETELINORUM. CORPORI. AUGUSTALIUM. EX. PRAEDIS. CAETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. formula hæc legati damnationis. Ad intelligendum igitur in propoſito juris progreſſum, quem ubique inveſtigari & noſci intereſt Juriſprudentiæ, ſuperior profuit obſervatio: ſed non minus opportuna erit ſequens. Audiamus. Hoc & ſuperiore Titulo urbanas ſervitutes diſtinxi a ruſticis; & ſuas utrique generi ſpecies adſignavi. Nunc diſſimulare, neque volo, neque debeo, quas urbanas dixi, a Veteribus aliquando ruſticas appellari, & quas ruſticas nominavi, aliquando urbanis annumerari: eamque confuſionem Interpretibus claris & eruditis eſſe gravem: quia Artem noſtram contemplantur, tamquam una hora de cœlo delapſam more imbris. id nollem factum; nec eſſe verum, alias ſerio monui. in præſentia quoque juvabit, contra ire; & putare, non tantum definitas initio regulis juris ſervitutes fuiſſe certas, & uſum hominum deinde plures addidiſſe: ſed pleraſque inſuper, moribus ſic volentibus, a ſua natura abiiſſe; & quæ ab initio dumtaxat ruſticæ fuere, temporis progreſſu etiam urbanas eſſe cœpiſſe: & contra, quæ initio urbanæ ſaltem fuere, paulatim etiam ad ruſticas inclinaſſe. Tantum valet uſus! auctis, ut fit, rebus humanis, aut mutatis per luxuriam civitatis moribus. Cedo exemplum. en, evidens in itinere & actu. has ſervitutes ab Ulpiano ruſticas dici in *l. 1. D de ſervit. præd. ruſtic.* ut ob ruſtica prædia ſunt comparatæ, nemo neſcit. obtinuiſſe tamen, ut iter & actus etiam ad domum concedi poſſet, liquet ex *l.* 20. §. 1. *D. de ſervit. præd. urban. l.* 7. §. 1. & *l.* 14. §. 1. *D. Commun. præd.* cœpiſſe igitur urbani quoque prædii eſſe ſervitutes, ne dubitemus *l. 1. d. t.* Simile eſt animadvertere in aquæductu. is eſt inventus in uſum prædii ruſtici, & quidem rigandi cauſa tantum. alium finem ejus origo non invenit. ita proprie ruſticam eſſe ſervitutem, veriſſime definit Ulpianus *l. 1. D. de ſervit. præd. ruſtic.* Sed fac, agi; ut non ad rigandum, verum pecoris cauſa, vel amœnitatis, aqua ducatur, puta, quod luxuria excogitavit, ut in domo ſint aquæ ſalientes, vel flumina per cubicula fluentia. aliquando fuit dubitatum, non modo qualis eſſet ſervitus; ſed etiam, an eſſet aliqua. non ſine ratione: nam aquæductum ſic alio produxit conventio, quam ad quod regulis juris fuit comparatus. Pomponius tamen *l.* 3. & Ulpianus *l.* 1. §. 11. *D. de aqua quotid.* hoc, inquiunt, jure utimur, id eſt, poſt multas tandem variationes obtinuit adverſus regulas juris; ut vel ſic valeat aquæductus. conſequenter igitur, an etiam urbani prædii jam ſit, ne quæramus *d. l.* 1. *D. Commun. præd.* Poteram his exemplis transfiguratæ ſervitutis naturæ eſſe contentus. non diſplicebit tamen ſequens Pauli ex *l.* 12. *D. d. t.* *Cum fundus fundo ſervit, vendito quoque fundo, ſervitutes ſequuntur. Ædificia quoque fundis, & fundi ædificiis eadem conditione ſerviunt.* Aliquiſne poſt hunc locum præ ſe ferat, ſervitutibus vel urbanis vel ruſticis

camdem ſemper inhæſiſſe formam quam initio acceperunt. at Paulus teſtatur, humanos uſus, rebus ſic exigentibus, modo veterem retinuiſſe, modo aliam indidiſſe. Ne Neratio quidem aliud ſedit in verbis ſequentibus *l. 2. D. de ſervit. præd. ruſtic.* quæ ſunt ex ejus libro 4. Regularum. *Ruſticorum prædiorum ſervitutes ſunt, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel prætorium, vel protectum habere licere.* Deſinant igitur mirari Viri Docti, a Neratio ruſticas appellari ſervitutes quæ alibi urbanæ dicuntur. Contra putent, ut jam cœpi dicere, vel Neratio fuiſſe negotium, juris progreſſum diſtinguere ab ejus origine, ſive regulam a ſequuta conſuetudine. Mihi ſic videtur; & ut ſenſus Neratio conſtet aptus & verus, placet hic, (quod alias pluribus obſervavi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c. 3.*) omiſſam ſubaudire voculam, *etiam*: quaſi dicatur, Etiam ruſticorum prædiorum ſervitutes ſunt; vel, etiam ruſticorum prædiorum ſervitutes eſſe poſſunt; vel, quamvis regula juris ab initio non fecerit ruſticas ſervitutes: tamen moribus receptum eſt, ut etiam ruſticæ eſſe poſſint, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam. & reliqua. Forte alius pro me hic quoque adduceret Ulpianum *l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Sed non ſinam mihi hoc officium fieri: arbitratus, Ulpiani verba ab imperito Interprete eſſe inquinata adjectis verbis ſpuriis, veriſſime ſe meo indicio detecturis. Ab omnibus ſic eduntur. *Si de uſufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque ſervitutibus urbanorum prædiorum per traditionem conſtitutis, vel per patientiam; forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquæductum tranſduci; item ruſticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam conſtat.* Alium moveant verba, *forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquæductum tranſduci.* Sed quo ſpectant, quid volunt? tu, ſi potes, doce. mihi videntur vacare: imo eſſe plena erroris. Ulpianus ſcripſit: *Si de uſufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque ſervitutibus urbanorum prædiorum per traditionem conſtitutis, vel per patientiam; item ruſticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam conſtat.* Sic eſt integer & clarus ſenſus; exemplo non eſt opus. falſum non deſideres. ſed hoc jam oſtendi ſub Titulo, *De Public. in rem act.*

TITULUS IV.

Communia prædiorum tam urbanorum, quam ruſticorum.

Superioribus Titulis ſeparatim conſideravi ſervitutes urbanorum & ruſticorum prædiorum. hoc communia prædiorum aggrediar. primum erit, quod utraque ſervitus duo deſiderat prædia: unum dominans, alterum ſerviens: nam utraque, ut ſupra dictum, eſt jus prædii, ſeu prædium qualiter ſe habens, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo. *l. 86. D. de verb. ſignif.* eaque qualitas ſine ſubſtantia cui inhæreat, cogitari non poteſt. aperte Ulpianus *l. 1. §. 1. h. t. Ideo hæ ſervitutes prædiorum appellantur, quoniam ſine prædiis conſtitui non poſſunt.* Sed ut prædii ſervitus ſit, non eſt ſatis, duo eſſe prædia: præterea oportet vicina eſſe; ſive ſint ruſtica *l. 5. §. 1. D. de ſervit. præd. ruſtic.* ſive urbana. Viciniam tamen eam non tam ſuadeam prædiorum contiguitate æſtimari, quam opportunitate utendi ſervitute. nam vicina etiam ſunt quæ intermedium habeant prædium aut montem: quo non impediatur uſus ſervitutis. alioquin neque vicina dicuntur prædia, neque poteſt illis adquiri aut imponi ſervitus *l. 7. §. ult. l. 31. D. de ſervit. præd. ruſtic.* Idem eſt, ſi ædes meæ a tuis tantum diſtent, ut proſpici non poſſint, aut medius mons earum conſpectum auferat. adeo nemo poteſt ſervitutem propriis ædibus imponere: niſi & is qui cedit, & is cui ceditur, in conſpectu habeant ea ædificia, ita ut officere alterum alteri poſſit *l. 38. & l. 39. D. de ſervit. præd. urb.* Sed in propoſito hoc pluribus ab Ulpiano & Paulo traditum *l. 4. §. 8. & l. 5. & l. 6. D. Si ſervit. vindic.* nec eſt, quod te nunc moretur: quando generaliter vana atque inania contemnit non modo recta ratio, ſed etiam Ars noſtra: tantum de ſervanda ſua cuique utilitate ſollicita. Optime Phædrus, *lib. 3. fab. 17. Niſi utile eſt quod facimus, ſtulta eſt gloria.* Et in propoſito Pomponius *l. 15. D. de ſervitut. Quotiens nec hominum, nec prædiorum ſervitutes ſunt, quia nihil vicinorum intereſt, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas. & ideo, ſi mihi concedas, jus tibi non eſſe fundo tuo uti frui, nihil agitur. aliter atque ſi concedas mihi, jus tibi non eſſe, in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia.* Ut igitur prædii ſervitus ſit, oportet duo eſſe prædia, atque ipſa vicina: quia ſervitus dominanti utilis eſſe debet. Intelligo. at cui? utrum ſoli prædio, an ejus domino quoque? movet hinc, quod prædium eſt domini. contra, quod ſervitus eſt non qualitas ſeu jus domini, ſed jus ſeu qualitas prædii. ita non ſervit perſonæ domini, ſed prædio *l. 20. §. ult. D. de ſervit. præd. ruſtic.* ac ſi quando ad dominum refertur; non fit contemplatione ejus perſonæ, ſed ejus prædii. Igitur obtinuit, omnem honorem, vim, utilitatem prædialis ſervitutis fine, modo & neceſſitate prædii ſolius terminari: ad domini autem commoditatem, fructum, amœnitatem, minime porrigi: cum appareat, extra prædium eſſe. Me interprete, ſic primum fuit regulis juris definitum: Populo ruſtico

&

& ſevero, nec deliciis valde indulgente. Sed ubi luxuria invaluit, & laxatus fuit vetus rigor: deinde alio jure uti cœpit politior, an corruptior, Populus. nec dubito, quin inde prædii ſervitus, etſi non poſſet ad domini commoditatem, amœnitatemve, regulis juris conſtitui: conſtituta tamen ſervaretur; modo a domino non perſonæ ſuæ, ſed prædii, jure perciperetur: quaſi huic inhærens perpetuo, utique id pretioſius, ideoque melius efficeret. Omnia me fallunt, aut hæc pleniſſime probavi jam in ſuperioribus, & præſertim *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. *&* 3. multis locis impeditiſſimis meo more expoſitis. ſaltem nunc pro cumulo addam, etiam hinc lumen accipere hoc Labeonis *l.* 19. *D. de ſervitutibus. Ei fundo quem quis vendat, ſervitutem imponi, etſi non utilis ſit, poſſe exiſtimo: veluti, ſi aquam alicui ducere non expediret, nihilominus conſtitui ea ſervitus poſſit: quædam enim habere poſſumus, quamvis ea nobis utilia non ſunt.* Labeo non attingit ductiones aquarum, ad rigandos agros ſiccaneos vetere more atque inſtituto pertinentium; ſed in fundis aut ædibus magnificis ſalientium, aut per ſingula cubicula fluentium: ad quas pertinet quoque *l.* 3. *l.* 1. §. XI. *D. de aqua quotid.* Harum nulla erat ratio, præterquam elegantiæ, patrimonia perdentis. talem aquam, etſi non expediat, nihilominus duci ſinit Labeo: præfatus, quod (ut tum erant mores publici) quædam habere poſſumus, quamvis ea nobis utilia non ſunt. Tantum poteſt luxuria! ex cujus uſu ſimiles delicias etiam in uſufructu placuiſſe, refert Marcianus *l.* 41. §. 1. *D. de uſufructu.* & ipſe pluribus probavi *d. lib.* 1. *Probabilium c.* 2. *&* 3. *& lib.* 1. *De uſufructu c.* 12.

Eſt & alia hic extricanda dubitatio, utrum præſens eſſe debeat illa qua de agimus utilitas; an futura ſufficiat? Aliquis putet, prius Labeoni, poſterius Paulo, ſedere *l. ult. D. Si ſervit. vindic.* eſt enim hæc ex Labeonis lib. 1. Pithanon a Paulo epitomatorum: & prima ſunt Labeonis verba: *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus conſtitui non poteſt.* his mox ſequens hæc ſubjicitur Pauli Nota: *Imo puto, idcirco id falſum eſſe; quia cedi poteſt, ut aquam quæreres, & inventam ducere liceret.* Quid dicimus? Labeonem a Paulo non damnari; etſi a Labeone dictum, prima facie verum eſſe neget. non enim ita eſt; nec quis hoc certius ipſo teſtetur Paulo. Atqui ille *l.* 10. *D. de ſervit. præd. ruſtic.* hoc loquentem ore facit Labeonem: *Labeo ait, talem ſervitutem conſtitui poſſe.* qualem? *Ut aquam quærere, & inventam ducere liceat.* Cur ita? ſubjicit: *Nam ſi liceat nondum ædificato ædificio ſervitutem conſtituere: quare non æque liceat, nondum inventa aqua eandem conſtituere ſervitutem? & ſi ut quærere liceat, cedere poſſumus; etiam ut inventa ducatur, cedi poteſt.* Sic apparet, eundem hac in parte fuiſſe Pauli & Labeonis ſenſum: illam vero Pauli locutionem in *d. l. ult.* *Imo puto, idcirco id falſum eſſe*, magis ad juvandum, quam ad refutandum Labeonem, pertinere. eſtque hujuſmodi loquendi forma non ita pridem etiam aliis in locis a me obſervata *lib. De form. emendand. dol. mal. c.* 2. *ad fin.* Similis eſt igitur, ut hoc addam, utriuſque intellectus, qui eſt Pomponii in his verbis *l.* 23. §. 1. *D. de ſervit. præd. urb.* ſatis obſcuris: *Futuro quoque ædificio quod nondum eſt, vel imponi vel adquiri ſervitut poteſt.* Pomponii ſermo eſt improprius: intelligendus de pactione & ſtipulatione: qua promitti futuro ædificio poſſit ſervitus: de jure ſervitutis, ipſi prædio inhæſuræ ex quaſi traditione, non debet accipi. Ita eſt: non vult Pomponius, ſervitutem futuro prædio adquiri aut conſtitui traditione, priuſquam ex ea capiatur utilitas: ſed interim ſtipulatione aut pactione promitti. eſtque effectus ejus rei inſignis: quod, ſi fundus interea alienetur; ſtipulatio evaneſcit: utique ſecundum eos qui vel ea quæ ab initio recte conſtiterunt, reſolvi putant: cum in eum inciderunt caſum, unde non potuiſſent conſiſtere *l.* 98. *D. de verb. oblig.*

Igitur prædii ſervitus (redeat enim eo, unde incepit interpretatio) duo deſiderat prædia, alterum dominans, alterum ſerviens, & utrumque vicinum: nempe quo alterum alteri utile eſſe poſſit. at ne id quidem ſufficit: niſi ea ſervitus a dominis utriuſque prædii conſtituatur. rationem non arceſſam: Ulpiano *l.* 1. §. 1. *h. t.* ſic finiente: *Nemo enim poteſt ſervitutem adquirere vel urbani vel ruſtici prædii, niſi qui habet prædium.* Sic Florentiæ editur. ſed quid vetat, addi: *Nec quiſquam debere; niſi qui habet prædium.* Hunc articulum res poſcit; & agnoſcit vulgata editio; etiam Theophilus ad §. 3. *Inſt. de ſervit. præd.* Eo vero modo conſtat Ulpiano ratio in *l.* 13. *D. h. t.* neganti, ſervitutem imponi mari: nam ſi ſolus prædii dominus habet jus imponendæ ſervitutis: quomodo poteſt mari, natura patenti omnibus, id eſt, non habenti dominum, ſervitus privata lege, id eſt, privata ullius pactione, imponi? at non minus vere obſervat, Ulpianus, ſi venditor fundi Geroniani fundo Botroniano quem retinebat, legem dederit, Ne contra eum piſcatio thynnaria exerceatur: adhuc convenire bonæ fidei, inter contrahentes, eorumque heredes cuſtodiri legem contractus: non quidem confeſſoria in rem actione; (quia in propoſito non eſt ſervitus) ſed actione in perſonam ex ſtipulatu aut ex vendito. Atqui aliquis, mare, inquiet, eſt omnium commune. Sed curioſe animadvertit Ulpianus, hoc velle, licere unicuique mari, ſi velit, uti, permittente natura: ſed neminem eo uti, ſi nolit, invitum cogi: ideoque nec prohiberi quemquam, cum ei videtur, ſuo juri renunciare.

Igitur poteſt ſuo quiſque prædio aut imponere aut adquirere ſervitutem: alieno non

poteſt: ne pro parte quidem; quippe cum individua ſervitus ſit *pr.* & *§. 1. l. 6. h. t.* Hoc in tantum; ut Ulpianus *l. 2. D. de ſervitutibus* neget, unum ex dominis communium ædium ſervitutem imponere poſſe. plane *d. l. 6. §. 2.* ait, Si duo homines binas ædes communes habeamus, ſimul tradendo idem efficere poſſe, ac ſi ego proprias binas ædes haberem: ſed & ſi ſeparatim tradiderimus, idem fieri: ſic tamen, ut noviſſima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem. Sic ille ſubtili jure. ſed benignius Celſus *l. 11. D. de ſe rvit. præd. ruſtic.* ubi vide.

Oportet igitur eum quem volumus prædio ſervitutem imponere aut adquirere, prædii quidem eſſe dominum, & in ſolidum. nec tamen opus, eum dominum eſſe omni jure: dum ſit dominus omni modo: Exemplum in poſſeſſore bonæ fidei: qui non eſt dominus jure civili, verum jure prætorio pro domino habetur, & quidem omni modo. ideoque prædio bona fide poſſeſſo, & adquirit, & imponit, ſervitutem a Prætore ſervandam Publiciana in rem actione *l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Simile exemplum in ſuperficiario. nam ne hic quidem jure civili eſt dominus ſuperficiei; ſed a Prætore pro domino habetur: data utili in rem actione, cauſa cognita *l. 73. §. 1.* & *l. 74. D. de rei vindic.* Igitur vel ille ſi ſuperficiei impoſuerit ſervitutem: rationis eſt, ipſam ad exemplum earum quæ ipſo jure ſuſtinentur, peti utilibus actionibus *l. 1. §. 9. D. de ſuperficieb.* Ita ad imponendam adquirendamve ſervitutem non eſt opus, eam ab eo qui ſit omni jure dominus, conſtitui: ſolum oportet eum eſſe dominum omni modo. fuitque id diligentius tractandum, propter prædium in quo unus nudam habet proprietatem, alius uſumfructum: quæſito jam a multis ſeculis, poſſitne nudæ proprietatis dominus ſervitutem ſuo prædio imponere aut adquirere, invito aut conſentiente fructuario? Quæſtioni cauſam præbuere *l. 15. §. ult. l. 16.* & *17. D. de uſufructu.* item *l. 2. D. Si uſusfructus petetur.* Sed vacationem faciet mihi diligentia: qua eam *lib. 1. De uſufructu c.* xv. expedivi, ſervata ſcriptura *d. l. 15. §. ult.* quæ viſa pleriſque corrupta; cum ſit integra.

Eſt & illa (ut ad alia veniam) pervulgata regula, omnes prædiorum ſervitutes debere perpetuam habere cauſam *l. 23. §. 1. D. de ſervit. præd. ruſtic. l. 28. D. de ſervit. præd. urb. l. 1. §. 5. D. de aqua quotid.* videlicet, quia creditum eſt, inhæſuram prædio ſervitutem ad alterius prædii utilitatem, eſſe ejus naturæ, quamdiu erit, aptam oportere. Cauſam talem Veteres vocarunt id cujus gratia ſervitus conſtituitur. eſt talis in aquæductu aqua: in ſtillicidio aqua pluvia: & ſic in cæteris. tantum addam, quod cum eſt naturalis aqua, eam Veteres perpetuam dicunt *d. l. 28.* ſive perennis ſit aqua, ut fontis, *l. 1. §. 4. D. de fonte*, ut fluminis aut putei *l. 1. §. 5.* & *6. D. de aqua quotid.* ſive non ſit, ut in ſtillicidio *d. l. 28.* Idem putant; ſi quid manu fiat cujus gratia prædium dominans habeatur. ſit pro exemplo in taberna caſearia jus fumi immittendi *l. 8. §. 5.* D. *Si ſervit. vindic.* nam manu ſit is fumus, atque ut ſerviat tabernæ caſeariæ: etiam poteſt, quamdiu illa perſeverat, manu fieri. credita igitur eſt perpetua ejus cauſa. uſus clarior fiet, demonſtrato more Veterum, fumo adjuvantium ſaporem caſeorum: quem morem ex Plinio *lib. 11. Nat. hiſt. c. 42.* & Martiali *Xeniis* reduxit Vir. CL. Barnabas Briſſonius *lib. 4. Select. antiq. c. 15.* Quod ſi nihil tale ſit: non putatur eſſe perpetua cauſa, ideoque nec ſervitus. Obſervatum hoc a Paulo *d. l. 28.* circa foramen pavimenti proluendi gratia in imo pariete conclavis aut triclinii: id eſt, in ima parte parietis: ut *extrema cera* ab Aſconio Pediano *in Orat. Ciceronis in Verr. De Prætur. urb. pag. 95.* exponitur, *ultima parte tabulæ*. In tali foramine negatur aqua proluendi pavimenti gratia habere cauſam naturalem, & idcirco perpetuam: quia nec prædium, nec pars prædii ejus cauſa eſt: ſi præſertim nihil aquæ ex cœlo veniat eum in locum. Idem cenſet Paulus *d. l. 28.* in lacu & ſtagno: niſi perpetuus ſit lacus, habens aquam vivam *l. 23. §. 1. D. de ſervit. præd. ruſtic.* id eſt, ut Cujacius *lib. 10. Obſerv. c. 3.* exponit, naturalis. nam ex aqua mortua ac collectitia & facile exareſcente non ſolet aquæductus concedi *d. l. 28.* Simile in ciſterna *l. 1. §. 4. D. de fonte:* nam & iſta, habens aquam mortuam, non præbet aquæ hauſtum: licet in eam veniat ex cœlo aqua: puto, quod non hæc aqua, ſed locus, præbet ſervitutem: nam hic ciſterna dicitur; ejus vero aqua mortua non eſt perpetuo idonea ad præſtandum aquæ hauſtum. Fuit & hoc quæſitum, an ex caſtello, id eſt, ex receptaculo aquarum, aut in aqua ex privato flumine tollenda per rotam, de qua Vitruvius *lib. 10. c. 9.* poſſit aquæductus conſtitui? non placuit ſubtili jure: eo quod illa aqua non venit naturaliter; ſed opere manu facto: quod opus non eſt perpetuum. Contra tamen obtinuit Reſcripto Antonini *l. 2. D. h. t.* in propoſito non tam conſiderantis opus caſtelli aut rotæ, quam aquam ipſam, & quidem vivam, ex caſtello ductam, aut rota ex flumine hauſtam. inde Paulus *l. 9. D. de ſervit. præd. ruſtic. Servitus*, inquit, *aquæ ducendæ vel hauriendæ, niſi ex capite vel ex fonte conſtitui non poteſt: hodie tamen* (id eſt, poſt Reſcriptum Antonini) *ex quocumque loco conſtitui ſolet.*

Præter hæc omnia ait Pomponius *l. 15. §. 1. D. de ſervitutibus*, hoc eſſe commune omnium ſervitutum: quod earum non ea natura eſt, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amœniorem proſpectum præſtet, aut in hoc, ut in ſuo pingat) ſed ut aliquid

pa-

patiatur aut non faciat. Una (ut monui *Titulo 2 hujus libri, & lib. ſing. Ad Edict. de pact. c. 19. pag. 539.*) exceptio in ſervitute oneris ferendi ex auctoritate Servii Sulpicii, ad conſequentiam non trahenda. Niſi Paulus *l. 2. §. 4. D. de aqua & aquæ pluviæ arc. act.* ſic inſit. *Apud Atejum vero relatum eſt, eam foſſam ex qua ad inferiorem fundum aqua deſcendit, cogendum eſſe vicinum purgare, ſive extet foſſæ memoria, ſive non extet: quod & ipſe puto probandum.* Quid Paulus? ait, vicinum cogi, ſoſſam purgare. Sed noli, vicinum accipere eum qui ſervitutem debet; ſed eum cui debeatur ſervitus. nam hic, quia in ejus fundo non eſt foſſa, eſt foſſæ vicinus. contra ille in cujus fundo eſt foſſa, non eſt foſſæ vicinus, ſed foſſæ dominus: ut bene animadvertit D. Connanus *lib. 4. Com. jur. c. 7. n. 9.* Non mutat, quod item Paulus in *d. l. 2. §. 7.* ait, *reficias:* eoque ei qui ſervitutem debet, onus reficiendæ foſſæ injungit. Nam jam olim ſenſit Aecurſius, id verbum, *reficias*, ſumi pro *refici permittas.* Scio: improbat Connanus: & pro *reficias* ſcribit, *reficiatur.* Sed mihi placet Accurſii ſententia: quando apud Paulum *d. l. 2. §. 1.* ſic legitur: *Dicit igitur Labeo, aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore agi poſſe, ut aut ipſe purgaret, aut te pateretur in priſtinum ſtatum eam redigere.* Deinde convenienter Paulo Ulpianus *l. 1. § ult. D. eod. tit. Non ergo*, inquit, *cogemus vicinum aggeres munire, ſed nos in ejus agro muniemus: eritque ea quaſi ſervitus.* Poſtremo novum non eſt, aliquem dici facere, qui eſt in cauſa, ut fiat. non adfero ejus locutionis exempla: allata jam ſupra ad *Tit. De recept.*

Potius dicam, inter cætera utriuſque prædii communia etiam numerari modos ſervitutes conſtituendi. ſunt vero duo: domini voluntas, & Judicis ſententia. hæc locum habet in judiciis diviſoriis, quale eſt familiæ erciſcundæ, verbi gratia *l. 22. §. 3. D. Famil. erciſc.* in aliis, præter hæc, non obtinet *l. 8. §. 4. D. Si ſervit. vindic.* illa conſtat partim legato, partim pactionibus & ſtipulationibus *§. ult. Inſt. de ſervit. præd.* ſicut & in uſufructu obſervatum ex Gajo eſt *l. 5. D. de ſervitut.* hiſce verbis: *Via, iter, actus, ductus aquæ, iiſdem fere modis conſtituitur quibus & uſumfructum conſtitui diximus.* Verbum, *fere*, neſcio an ſit Triboniani, ab eo adjectum ex jure novo; quo placuit, uſumfructum etiam lege conſtitui. quod Gajo fuit incognitum. illi in omni ſervitute, cum prædiorum, tum perſonarum, tantum duo innotuerunt eam conſtituendi modi quos dixi. Occurrit tamen & tertius, natura. Sed hic non eſt communis omnium, verum proprius aquæ: in qua (quod Ulpianus obſervat) inferiora loca ſemper ſerviunt ſuperioribus in eo, ut aquam natura profluentem excipiant *l. 1. §. 22. D. de aq. & aq. pluv. arc. act.*

Eſſe hoc inferiorum incommodum, fatetur Ulpianus: ſed addit, compenſari rurſus cum alio commodo: quod omnis pinguitudo terræ ad eam decurrit: ſicut ad ea defluit aqua *d. l. 1. §. 23.* plane convenienter huic Columellæ *lib. 2. De re ruſtica c. 18. Macriora loca & utique celſiora ſtercorentur. nam editior clivus præbet etiam ſubjectis alimentum, cum ſuperveniens imber, aut manu rivus perductus, ſuccum ſtercoris in inferiorem partem ſecum trahit, atque ideo fere prudentes agricolæ etiam in aratis collem magis, quam vallem ſtercorant, quoniam, ut dixi, pluviæ ſemper omnem pinguiorem materiam in ima deducunt.*

TITULUS V.

Si ſervitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

Duæ ſunt Rubricæ partes: una eſt, *Si ſervitus vindicetur*, qua deſignatur actio confeſſoria: altera pars eſt, *vel ad alium pertinere negetur*, & complexa actionem negatoriam. de utraque Ulpianus *l. 2. D. h. t.* illam concedens ei qui ſervitutes ſibi competere contendit. hanc domino qui negat. Pertinet igitur & hic Titulus ad communia prædiorum, tam urbanorum, quam ruſticorum: ſiquidem ſervitutis appellatione in præſentia ſervitus rerum, id eſt, utriuſque prædii ruſtici & urbani intelligitur. Sed quia de utraque actione ex profeſſo egi *lib. 2. De uſufructu c.* xi[illegible] ſuffecerit, hic indicaſſe locum, unde peti poſſit quod expectatur.

TITULUS VI.

Quemadmodum ſervitutes amittuntur.

Ex his quæ communia ſunt utriuſque prædii, adhuc reſtant modi quibus ſervitutes conſtitutæ amittantur. Talis eſt interitus alterutrius prædii, ſive dominantis, ſive ſervientis *l. 24. §. 1. D. Quib. mod. uſusfr. amitt.* non obſcura ratione. nam cum ſervitutes ſint jura prædiorum, ut in loco dictum; appare, eas ſublatis prædiis quibus inhæreant, non ſupereſſe. Similis modus tollendæ ſervitutis eſt confuſio. Hanc autem fieri ait Gajus *l. 1. h. t.* ſi idem utriuſque prædii cœperit eſſe dominus. nimirum, quia ſervitus eſt jus in re aliena; numquam in re propria *l. 10. D. Commun. præd.* Eſtque hoc

a-

adeo verum, ut Paulus *l.* 30. *D. de ſervit. urb. præd.* ſcribat, ſi quis ædes quæ ſuis ædibus ſervirent, cum emiſſet, traditas accepit, confuſam ſublatamque ſervitutem eſſe; & ſi rurſus vendere vult, nominatim imponendam ſervitutem eſſe, alioquin liberas venire. Præterea tollitur ſervitus, ſi dominus prædii dominantis vicino remittat ſervitutem prædio ſuo debitam *l.* 14. §. 1. *D. de ſervitutib.* Nec miremur, domini voluntate amitti domini voluntate adquiſitam: cum ſit ſui quiſque juris arbiter & moderator. Atqui ſervitus nuda voluntate ſine traditione non conſtituitur *l. ult. D. de ſervitutib.* ita eſt: ſed ſi dominus prædii ſervitutem ſua voluntate remittit, ejus poſſeſſionem ſua voluntate amittit *l.* 3. §. 6. *D. de adq. poſſeſſ.* nec eſt cauſa, cur non videatur libertatem ſervientis prædii ejus domino genere quodam traditionis reſtituere. Superioribus addendum eſt, quod ſublato jure conſtituentis ſervitutem, etiam ſublata intelligitur ſervitus ab eo conſtituta: certo, neminem poſſe plus juris in alium transferre, quam ipſe habeat *l.* 54. *D. de reg. jur. l.* 31. *D. de pignor. & hypoth.* Exemplum *l.* 11. §. 1. *D. b. t.* in qua Marcellus, Heres, inquit, cum legatus eſſet fundus ſub conditione, impoſuit ei ſervitutes: extinguentur, ſi conditio extiterit. Et obſervanda hæc ejus adjectio: videamus, an adquiſitæ ſequantur legatarium? & magis dicendum eſt, ut ſequantur. puto, quod nemo alterius conditionem deteriorem facere poteſt: meliorem facere poteſt. Adfertur & alius modus tollendæ ſervitutis, temporis aut conditionis eventus: non quidem ipſo jure, ſed ope exceptionis. ita tradit Papinianus *l.* 4. *D. de ſervitutib.* videlicet, quod tempus non eſt modus introducendæ aut finiendæ obligationis jure civili *l.* 44. *D. de oblig. & act.* quamquam neſcio, an id mutatum ſit poſt decretum Papiniani in *l.* 40. *D. de reb. cred.* de quo vide quæ ſcripſi plane ſingularia *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* XII.

Inſuper tollitur ſervitus, ſi quis ea non fuerit uſus intra biennium: auctore Paulo *lib.* 1. *Sent. tit.* 16. maxime, ſi id quod habet ſervitus, cotidianum eſt: quia tum una eſt ſervitus. ſecus, ſi conveniat, ut æſtate tantum, aut uno menſe, verbi gratia, ducatur aqua: tunc enim duplicato demum conſtituto tempore amittitur *l.* 7. *b. t.* Hæc ſic obtinuerunt uſque ad Imperatorem Juſtinianum. inde mutata *l.* 13. *C. de ſervitutib.* pro biennio ſubſtitutis annis decem inter præſentes, viginti inter abſentes. Vidimus, quanto tempore ſervitus non utendo amittatur. videamus, quid ſit ſervitute uti aut non uti. placet autem, eam retineri uſu, cum ipſe cui debetur, ea utitur, quive in poſſeſſione ejus eſt, aut mercenarius, aut hoſpes, aut medicus, quive ad viſitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius, licet ſuo nomine. denique quicumque quaſi debita via uſus ſit, ſive ad fundum noſtrum facit, ſive ex fundo, licet malæ fidei poſſeſſor ſit, retineri ſervitutem *l.* 20. 21. 22. 23. & 24. *l.* 5. *b. t.* qui poteſt? placet Celſo *l.* 6. *d. t.* ſatis eſſe, fundi nomine eſſe itum. proinde non improbo hoc Pauli *l. ult. b. t.* Servitute uſus non videtur, niſi qui ſuo jure uti ſe credidit, ideoque ſi quis pro via publica, vel pro alterius ſervitute uſus ſit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. idemque traditum *l.* 1. §. 6. *l. ult. D. de itin. act. priv.* Similiter ſi quis fuerit alia uſus aqua, quam de qua in imponenda ſervitute actum eſt; perinde amittit ſervitutem, ac ſi ea non eſſet uſus *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *D. b. t.* ac ſecundum has exponendam eſſe *l.* 18. *d. t.* jam obſervavi *lib.* 2. *De uſufructu c.* 9. Superioribus conſequens eſt, quod apud Pomponium ait Labeo *l.* 17. *d. t.* ſi is qui hauſtum habet, per tempus quo ſervitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauſerit, iter quoque eum amiſiſſe. Plane ſi fons ex quo habeo ductum aquæ, exaruerit, iſque poſt conſtitutum tempus ad ſuas venas redierit, æquitatis fuerit, reſtitui aquæductum interim amiſſum *l.* 34. §. 1. & *l.* 35. *D. de ſervit. præd. ruſtic.* Illud quale, quod in *l.* 4. *b. t.* Paulus, *Iter*, inquit, *ad ſepulchrum non utendo numquam amittitur.* Dic, quæſo, ejus quæ ratio, quod firmamentum? an iter ad ſepulchrum, exemplo ſepulchri, eſt religioſum? at idem Paulus *l.* 14. §. 1. *D. de ſervitutib.* contra ait, ſervitutem itineris ad ſepulchrum privati juris manere. Si vere; ut non oportet dubitari: cur vult, iter ad ſepulchrum non utendo non amitti: cum cæteræ ſervitutes, ut ſunt privati juris, non utendo omnes amittantur? Sed ubi ſepulchrum ipſum eſt religioſum, ideoque non utendo non amittitur: rationis fuit; ne iter quoque ad ſepulchrum non utendo amitti debeat. Mea opinione, ſic eſt creditum, animadverſo, uſum ſepulchri, ſine itinere ad ſepulchrum, eſſe nullum. Non magis prætermittam, quod a Gajo annotatum *l.* 6. *D. de ſervit. præd. urb.* jura urbanorum prædiorum, ſimiliter ut ruſticorum, certo tempore non utendo perire: niſi quod hæc ei videtur eſſe diſſimilitudo; quod non omnino pereunt non utendo: ſed ita, ſi vicinus ſimul libertatem uſucapiat. Hoc vero quo modo fiat, non adſcribo; quia ibidem traditum deinde a Gajo: ut & ab Harmenopulo *lib.* 4. *tit.* 2.

Extinguuntur ergo his modis jura utriuſque prædii. An etiam morte, aut capitis deminutione? Gajus negat *l.* 3. *D. b. t.* idcirco quod ita vulgo eſt traditum: & recte. nam ut prædii dominus aut moriatur, aut capite deminuatur: prædio tamen cujus eſt ſervitus, neque mors, neque capitis deminutio, accidit.

TI-

LIBER NONUS.

TITULUS I.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

ACTIONES in rem de quibus actum hactenus, excipiunt hic actiones noxales: quia ut ſint perſonales, ſunt tamen in rem ſcriptæ; eoque in rem actiones quodammodo imitantur. Eſſe porro actiones noxales partim Legibus conſtitutas, partim Edicto Prætoris, Juſtinianus autumat §. 4. *Inſt. de noxalib. act.* Prima occurrit actio Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur. ea originem debet Legi Duodecim Tabularum. inde tranſiit in Edictum: nomenque ex primis ejus verbis ſortita. Summam Legis recitat Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Edicti hanc ipſe confingo. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicetur, noxiam ſarciri, noxæve dedi jubebo.* Ratio Edicti eſt: ne dominus, propter animalis ſui pauperiem, ultra ejus æſtimationem oneretur.

Nunc quando locus ſit huic actioni, conſideremus. Prætor ſic expedit: *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* Hæc verba indicat Rubrica, ex primis Edicti verbis deſumpta. Quadrupes autem (interprete Iſidoro *lib.* 12. *Origin. c.* 1.) eſt generale vocabulum, complectens & beſtias & pecudes, cætera quoque ab utriſque diſtincta, ut cervos, damas, onagros. Igitur ſequentibus verbi latitudinem, ait Ulpianus *l.* 1. §. 2. hanc actionem pertinere ad omnes quadrupedes. nec tamen negat, ex Prætoris ſententia reſtringi ad manſuetas pecudes, non aſſuetas nocere, niſi ab externa moveantur cauſa. accedit, quod hæ ſunt domini; ſive cuſtodia coërceantur; ſive ex ea ſint egreſſæ. non ita eſt in feris beſtiis. id conjicio ex conjunctione *d.* §. 2. cum §. 10. *l.* 1. cujus talia verba ſunt. *In beſtiis autem propter naturalem feritatem hæc actio locum non habet, & ideo ſi urſus fugit, & ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conveniri: quia deſinit dominus eſſe. & ideo & ſi eum occidi, meum corpus eſt.* Obſcuram Ulpiani diſputationem facit ſermonis brevitas. ſed vult; quod hæc actio ceſſat in beſtiis feris, urſo, verbi gratia. Quam ob cauſam? *propter naturalem feritatem.* Hæc cauſa duo continet: unum eſt, quod urſus ſæviens naturali, ſive, ut Imperator in *pr. Inſt. h. t.* loquitur, genitali, feritate, non magis pauperiem facit, quam injuriam; ſuo uſus ingenio, id eſt, naturæ ſuæ jure ac motu. alterum eſt, quod urſus, propter naturalem feritatem, niſi cuſtodia coërcetur, eſt nullius; & ideo ſi fugit, ac ſic nocuit, non eſt qui de pauperie conveniatur. nam qui dominus fuit urſi cuſtodiæ incluſi, de cuſtodia delapſi dominus eſſe deſiit, amiſſa poſſeſſione. eſtque argumentum; quod ſi eum occidi, jam meum corpus eſt. Hæc Ulpiani ſententia non eſt aliena a ſequentibus Juſtiniani verbis *d. pr. Inſt. h. t. Hæc actio in iis quæ contra naturam moventur, locum habet. cæterum ſi genitalis ſit feritas, actio ceſſat. denique ſi urſus fugerit a domino, & ſic nocuerit, non poteſt quondam dominus conveniri; quia deſiit dominus eſſe, ubi fera evaſit.* Illud non ſilendum: quod Ædilitio Edicto poſtea fuit prohibitum, ne quis canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi haberet, qua vulgo iter fit; & ſi adverſus ea erit ſactum, nocitumque libero homini eſſe dicetur: placuit, quod bonum & æquum Judici videbitur, tanti dominum condemnari: cæterarum rerum, quantum damni datum ſit, dupli. Inde uſu obtinuit, (& notandus juris progreſſus) etiam hac in ſpecie, ſi adhuc in poteſtate ſit fera beſtia, dari utilem actionem; etſi ceſſet actio directa: & ita accipe §. 1. *Inſt. h. t.* item, quod de cane dicitur in *l.* 2. §. 1. *D. d. t.* nam canis non pecudi, ſed beſtiis, annumeratur *l.* 2. §. 2. *D. Ad Leg. Aquil.* verba *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* apposui: *Si quis aliquem evitans Magiſtratum forte, in taberna proxima ſe immiſiſſet, ibique a cane feroce læſus eſſet: non poſſe agi canis nomine, quidam putant: at ſi ſolutus eſſet, contra.* Senſus, Si quis canem ferocem in taberna vel domo ſua habet vinctum, ab eoque læſus ſit qui ſe in domum vel tabernam immiſerit, de via concedens Magiſtratui, ceſſare actionem utilem: aliter ac ſi in via publica eum habeat vinctum aut ſolutum; nam tum eam non ceſſare *l.* 40. *& ſeq. D. de Ædilit. Edict.* Pertinet igitur hæc actio ad quadrupedes: nam de his loquutus tantum ſuit Prætor: ſed ſimilitudo rationis fecit, ut etiam ad alias porrigeretur ex Edicti ſententia *l.* 4. *D. h. t.*

Porro ait Prætor: *Pauperiem feciſſe dicetur.* Eſt autem pauperies (ut Ulpianus definit *l.* 1. §. 3. *h. t.*) damnum ſine injuria facientis datum. cum ait, ſine injuria facientis: & addit, Nec enim poteſt animal injuria feciſſe quod ſenſu caret: ſenſus appellatione intelligit rationem. quomodo *ſine ſenſu* accipitur apud Horatium *lib.* 1. *Sat.* 4. *verſ.* 77. apud Juſtinum *lib.* 34. *c.* 2. eſt, *Senſu hominis carere*, etiam dicitur *ſenſus communis* inter alios apud Senecam *Epiſt.* 5. & Juvenalem *Sat.* 8. *verſ.* 73. Itaque ſimpliciter Feſtus, Pauperies, inſit, damnum dicitur quod quadrupes facit. Vere: ſed caute accipiendum. non enim om-

ne damnum a quadrupede datum, pauperies indiſtincte dicitur: verum quod ab homine factum, ſub injuriam cadit. pauperies igitur proprie non eſt injuria: (nulla nobis cum bruto ſocietate rationis & juris) ſed injuriam imitatur: eoque ſenſu infra *noxia* appellatur: quia veluti noxiæ ſimulachrum eſt. Inde Ulpianus *d. l.* 1. §. 7. generaliter ait, pauperiem fieri, quoties fera contra naturam mota, pauperiem dedit. & eſt exemplum, ſi nocuit laſcivia aut pavore aut feritate *pr. Inſt. & d. l.* 1. §. 4. *D. h. t.* Quid, ſi genitali feritate utatur? contra dicendum eſt, non feciſſe pauperiem: quippe uſam jure naturæ ſuæ. fac: quæ exempla occurrunt in *d. l.* 1. §. 7. equus dolone concitatus, calce petiit. paſſim editur *dolore.* male: ſcribendum, *dolone:* & eſt ſimilis error in *l.* 52. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* notatus a Budæo, V. CL. *Annot. priorib. p.* 222. dolonem interpretante flagellum intra cujus virgam latet pugio ἀπὸ τοῦ δόλου, id eſt, a fallendo, quod decipiat ferro, cum habeat ſpeciem ligni. quid Ulpianus? ait, ceſſare hanc actionem: quia equus non dedit damnum contra naturam ſuam, ſed provocatus, & jure naturæ ſuæ ſe defendens. Simile exemplum eſt in §. 11. *d. l.* 1. ecce: duo arietes vel boves commiſerunt. committere (ut bene animadvertit Budæus *pag.* 219.) Latinis, atque ipſi Ulpiano *l.* 7. §. 4. *D. Ad Leg. Aquil.* eſt, ad contentionem & concertationem exhibere: ſed hic ſumitur pro pugnare. nove & venuſte; ut erudite obſervavit Caſaubonus ad Suetonium *Octav. c.* 89. Duo igitur arietes vel boves commiſerunt, ſeu pugnarunt. unus occidit alterum. an occiſi domino competit actio de pauperie? Q. Mucius apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 11. diſtinxit, utrum aggreſſor occiderit provocatum; an contra provocatus occiderit aggreſſorem. priore caſu ait, pauperiem eſſe; poſteriore non æque: arbitratus, etiam convenire naturæ cæterorum animalium, ſe adverſus vim defendere. Eſt & alterius generis exemplum in *d.* §. 7. Aliquis equum permulſit vel palpatus eſt. is equus eum percuſſit calce. an eſt locus actioni Si quadrupes? ait Ulpianus, contraria ratione. Quid, ſi quadrupes damnum dederit propter infirmitatem aut culpam rectoris? hic ceſſabit actio: quia non eſt quadrupedis, ſed rectoris, culpa. certe quadrupes non eſt mota contra naturam *d. l.* 1. §. 4. *&* 5. Idem dicendum, ſi depaſta ſit alienum agrum: quia depaſtio ei permittitur naturæ inſtinctu. ita depaſci eſt, uti: non eſt, damnum aut pauperiem dare *l.* 30. §. 2. *D. Ad Leg. Aquil.* ideoque Lege Duodecim Tabularum conſtituta eſt ſpecialis actio de paſtu pecoris *l.* 14. §. 3. *D. de præſcript. verb.* Eſt igitur huic actioni locus; ſi quadrupes pauperiem fecerit. Nec refert; utrum eam corpore ſuo dederit, an concitata ab alia quadrupede, aut per aliam rem, a ſe motam. ſimpliciter enim ait Prætor, Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur *d. l.* 1. §. 8. *&* 9.

Sequitur in Edicto, *Noxiam ſarciri, noxæve dedi jubebo.* Hæc verba indicant, hanc actionem ad hoc dari, ut noxia ſarciatur; niſi dominus malit dedere animal noxium. Noxiam autem Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. interpretatur ipſum delictum: quamquam bruti animalis quod ratione caret, proprie non ſit delictum. ſed noxiam cum ait Prætor, intelligit tamquam noxiam. quomodo Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 13. *Quædam*, inquit, *etiamſi vera non ſint, propter ſimilitudinem eodem vocabulo comprehenſa ſunt. ſic pyxidem & argenteam & auream diximus. ſic illiteratum non ex toto rudem, ſed ad literas altiores non perductum. ſic qui male veſtitum & pannoſum vidit, nudum ſe vidiſſe dicit.* Porro *ſarcire* eſt, damnum ſolvere vel præſtare. Feſtus: Sarcito in XII Servius Sulpicius ait ſignificare damnum ſolvito præſtato. Ulpianus *l.* 1. *h. t.* exponit, Æſtimationem noxiæ offerre. At Prætor non præciſe jubet, noxiam ſarciri: ſed addit, noxamve dedi. ſic concepi Edictum: ut in *l.* 1. *D. de his qui effud. vel dejec. l.* 1. §. *pen. D. h. t.* §. 1. *Inſt. de offic. judic.* Non tamen intercedam malenti, in Edicto reſtituere, Noxæve dedi: ut in *l.* 5. §. 6. *D. de his qui effud. vel dejec.* Quidquid erit: illud certum eſt, pauperie a quadrupede facta, aut damni æſtimationem offerri, aut animal quod nocuit, dedi oportere. alterum ſufficit: nempe, quia Lex Duodecim Tabularum ita ſcripta eſt. hanc rationem dat Juſtinianus *pr. Inſt. h. t.* Nec contemnenda obſervatio Ulpiani *l.* 6. §. 1. *D. de re judic.* in noxalibus actionibus æſtimationem in condemnatione eſſe; noxæ deditionem in ſolutione, beneficio Legis. Plane, ſi animal deceſſerit ante litem conteſtatam; ait Ulpianus *l.* 1. §. 13. *D. h. t.* extinctam eſſe actionem: puto, quia dominus id deinde non habet in poteſtate, ut dedat. ita noxæ dedere eſt, animal tradere vivum *d. l.* 1. §. 14. quod ſi mortuum traditur; non animal traditur, ſed cadaver; id eſt, aliud, quam quod pauperiem fecit. Eſt tamen caſus in quo dominus non in hoc convenitur, ut noxæ dedat: ſed in ſolidum. eſt is: ſi in jure interrogatus, an ſua quadrupes eſſet; reſponderit, non eſſe ſuam. nam ſi conſtiterit, eſſe ejus: in ſolidum condemnabitur, propter mendacium *d. l.* 1. §. 15. Simile evenit; ſi poſt litem conteſtatam animal ſit ab alio occiſum: nam tum ut domino competit Legis Aquiliæ actio; ſic in judicio habebitur ratio Legis Aquiliæ: utique dominus amiſit noxæ dedendæ facultatem. offeret ergo ex judicio propoſito litis æſtimationem: niſi paratus fuerit, actionem mandare adverſus eum qui occidit *d. l.* 1. §. 16. Igitur, ut eo redeam, datur hæc actio, vel ut damnum ſarciatur, vel ut animal noxale dedatur. Inde quæſitum *l.* 3. *h. t.* an etiam poſſit agi liberarum perſonarum nomine: forte ſi quadru-

pes

pes vulneraverit patremfamilias aut filiumfamilias? fuiſſe olim videntur qui negarent. ſed Gajus *l. 3. d. t.* ait, jam non dubitari, quin ex hac Lege poſſit etiam liberarum perſonarum nomine agi. ſcilicet, ut non habeatur ratio deformitatis: (cum liberum corpus non recipiat æſtimationem) ſed impenſarum in curationem factarum, & operarum amiſſarum, quaſque amiſſurus quis eſſet, inutilis factus.

Sequens locus eſt, cui hæc detur actio. puto autem, dari ei cui nocitum ſit: nam ejus intereſt. talis vero eſt dominus procul dubio *l. 2. h. t.* quid, ſi non ſit dominus? etiam ei competit, ſi ejus intereſt. ſic ei cui res commodata eſt, datur; item fulloni: quia eo quod tenentur, damnum pati videntur. In Lege Aquilia aliud obſervatum *l. 11. §. 9. D. Ad Leg. Aquil.* & differentiam tradidi *lib. ſing. Ad Leg. Aquil. c.* XI.

Dixi, cui detur actio Si quadrupes. quæris, adverſus quem detur? hunc non deſignat Prætor: tantum ait, *Noxiam ſarciri, noxamve dedi jubebo.* ea vero verba ſunt in rem, id eſt, generaliter, ſcripta. putemus igitur, hanc actionem dari adverſus dominum, id animal in ſua poteſtate habentem: verum ſi deſierit habere, noxam caput ſequi, darique actionem adverſus dominum: non cujus quadrupes, cum noceret, fuerit; ſed cujus nunc eſt *d. l. 1. §. 12. D. h. t.* An etiam datur adverſus heredes, cæteroſque ſucceſſores? ait Ulpianus dari *d. l. 1. §. ult.* at non jure ſucceſſionis, ſed eo jure quo ſunt domini. idemque in cæteris noxalibus actionibus obſervat *l. pen. §. ult. D. de noxal. act.* Sic: ſi quadrupes ſit unius. quid, ſi plurium ſit communis? adverſus ſingulos erit in ſolidum actio: ſicut in homine *d. l. 1. §. 14.*

TITULUS II.

Ad Legem Aquiliam.

Altera noxalis actio quæ ſit Legibus conſtituta, a Juſtiniano §. 4. *Inſt. de noxal. act.* Legi Aquiliæ imputatur: quæ locuta fuit de damno injuria dato. ad hanc reſpicit præſens Titulus, antehac a me expoſitus ſpeciali libro.

TITULUS III.

De his qui effuderint vel dejecerint.

Non tantum legibus conſtitutæ fuere noxales actiones, ſed a Prætore quoque. & eſt talis ſub hoc Titulo hæc, De his qui effuderint vel dejecerint. Edicti verba in *l. 1.* talia ſunt. *Unde in eum locum, quo volgo iter fiet, vel in quo conſiſtetur, dejectum vel effuſum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber periſſe dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo. Si vivet, nocitumque ei eſſe dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo. Si ſervus inſciente domino feciſſe dicetur, in judicio adjiciam, aut noxam dedere.* Ulpianus *l. 1. §. 1.* laudaturus more ſuo Edictum, ſumma, inquit, cum utilitate id Prætorem edixiſſe, nemo eſt, qui neget: & præfatur, publice utile eſſe, ſine metu & periculo per itinera commeari. Ego addam, fuiſſe hoc eo magis neceſſarium: quod plebs Romana magna ex parte habitabat in cœnaculis: (id eſt, in ſuperioribus ædium locis; nam ea cœnacula appellantur, & ædibus ac domibus opponuntur: ut oſtendi *lib. 1. De uſufructu c. 13.*) ex his porro cœnaculis quia plurima in viam publicam dejiciebantur & effundebantur: vix poterat ſine periculo, qua vulgo iter erat, tranſiri. id res loquitur; & obſervat Juvenalis *Sat. 3. verſ. 268. & ſeqq.* intererit, vidiſſe locum. ejus verba ſunt.

Quod ſpatium tectis ſublimibus, unde cerebrum
Teſta ferit, quoties rimoſa & curta feneſtris
Vaſa cadunt, quantum percuſſo pondere ſignent
Et lædant ſilicem. poſſis ignavus haberi,
Et ſubiti caſus improvidus, ad cœnam ſi
Inteſtatus eas. adeo tot fata, quot illa
Nocte patent vigiles, te prætereunte, feneſtræ.
Ergo optes, votumque feras miſerabile tecum,
Ut ſint contentæ patulas defundere pelveis.

Igitur bonum factum Prætoris: hoc Edicto viis per quas vulgo iter fit, procurantis ſecuritatem, propoſita in factum actione, cum directa, tum noxali, adverſus inhabitantem: qui ut ipſe non deliquerit, tamen quaſi deliquiſſe credebatur: non proſpiciens, nec cavens, ut oportebat *l. 6. §. 2. D. h. t.* ne ex ſuo cœnaculo a libero aut ſervo, dejiceretur, aut effunderetur, quo aliis noceretur. quare eſt hæc actio in factum in perſonam non proprie ex maleficio, ſed quaſi ex maleficio: ut obſervatum a Gajo *l. 5. §. 5. D. de oblig. & act.*

Nunc quando locum habeat illa actio, videamus. prima huc ducunt Edicti verba: *Unde in eum locum quo volgo iter fiet, vel in quo conſiſtetur, dejectum vel effuſum quid erit.* Hæc verba ſunt generalia: nec tantum ad civitates & vicos, ſed & ad vias per quas vulgo

iter ſit, pertinent. *l. 6. D. h. t.* Parvi quoque intereſſe debet; utrum publicus locus ſit, an privatus: dummodo per eum volgo iter fiat. quia iter facientibus proſpicitur, non publicis viis ſtudetur. ſemper enim ea loca per quæ vulgo iter ſolet fieri, eamdem ſecuritatem habere debent. Unde & ſi aliquando vulgus in ea via non commeabat, & tunc dejectum quid vel effuſum, cum adhuc ſecreta loca eſſent, modo cœpit commeari, non debet hoc Edicto teneri *d. l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Eadem ratione Labeo *l. 6.* §. 1. demum Edicto locum dabat, ſi interdiu dejectum ſit, non nocte: nimirum, quia bomines honeſtiores in civitatibus & vicis non ſolent de nocte commeare in viis publicis: magiſque id eſt furum & graſſatorum; qui Petronio *Satyric. c.* 15. *&* *c.* 82. aliiſque idcirco etiam *nocturni* appellantur: ut ibi apparet in Notis editionis Burmanni, Viri Clariſſimi, Collegæ & Amici mei. Sed ad Labeonem, (eo enim redeo) adjicit *d.* §. 2. Paulus, in quibuſdam locis & noctu iter fieri. Igitur in his quoque locis ſi quid ſit noctu dejectum effuſumve, hoc Edicto coërcetur.

Ait igitur Prætor: *Unde in eum locum quo volgo iter fiet, vel in quo conſiſtetur, dejectum vel effuſum quid erit.* Et apparet, cum loqui de ædibus & cœnaculis. nam proponit actionem adverſus inhabitantem. eſt autem inhabitatio proprie ædium *l.* 1. §. 4. *h. t.* proinde ſi de nave ſit dejectum: de ea non ſenſit Prætor. Ut tamen nil intereſt damnum paſſi, utrum de ædibus cœnaculiſve, an de nave ſit dejectum effuſumve: ita ſi de nave dejectum ſit, & nocitum: non abs re fuerit, in eum qui navi præpoſitus ſit, utilem actionem dari, quaſi ex mente Prætoris *d. l. 6.* §. 3. *h. t.*

Porro *Dejectum effuſumve* cum ait Prætor, manu dejectum aut effuſum ſignificat. ſed Ulpianus *l.* 1. §. 3. *h. t.* plus putat, etiam, ſi quid cum ſuſpenderetur, decidit, magis dejectum videri: idemque eſſe, ſi ſuſpenſum decidit; nam & hoc pro dejecto haberi. proinde ait, & ſi quid pendens effuſum ſit, quamvis nemo hoc effuderit, Edictum locum habere, forte data actione utili ex Edicti mente.

Dixi, quando detur a Prætore actio. ſequitur ad quid detur. ait Prætor: *In duplum judicium dabo.* Duplum accipe damni dati. & obſervat Ulpianus, quod non adjicitur culpæ mentio vel inficiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni injuriæ, id eſt, Legis Aquiliæ utrumque exigat *l.* 1. §. 4. *D. h. t.* Competit igitur hæc actio in duplum indiſtincte.

Sed cui? ſine dubio ei, cujus interſit, ſibi non eſſe damnum datum. an & beredibus? ait Ulpianus *l.* 5. §. 5. & recte: quia defunctus per heredem repræſentatur in re privata.

Reſtat, adverſus quem hæc detur actio. & ait Prætor, *judicium dabo in eum qui ibi habitaverit*, id eſt: (ut Ulpianus interpretatur *d. l.* 1. §. 4.) in eum qui inhabitat, cum quid dejiceretur, vel effunderetur; non in dominum ædium. & præfatur, culpam eſſe penes eum, id eſt, penes inhabitantem. Habitare autem Ulpianus *d. l.* 1. §. 9. interpretatur vel in ſuo vel in conducto vel gratuito. De hoſpite vero ſic infit *d.* §. 9. hoſpes plane non tenebitur. clara ratione, quia non ibi habitat, ſed tantiſper hoſpitatur. quid igitur? is qui hoſpitium dederit, tenebitur. multum autem intereſt inter babitatorem & hoſpitem: quantum intereſt inter domicilium habentem & peregrinantem. Sic fere Ulpianus *d. loc.* addo, Cicero, *De ſenectute.* Verba: *Commorandi natura diverſorium nobis, non habitandi dedit.* Similiter domum & hoſpitium diſtinguit Ovidius *lib. 3. Triſt. Eleg.* 12. Verba Ovidii.

Di faciant, Cæſar non hic penetrale domumque,
Hoſpitium pœnæ ſed velit eſſe meæ.

Datur igitur ex Edicto actio adverſus inhabitantem: eo quod debet, ut ſupra dixi, ſuam ſuorumque culpam præſtare *l. 6.* §. 2. *D. h. t.* Facilis hæc res eſt, ſi unus inhabitet. Sed quid, ſi plures in eodem habitent cœnaculo ex quo dejectum eſt? Ulpianus *l.* 1. §. *ult.* ait, in quemvis actionem dari: & rationem hanc dat Gajus *l.* 2. quod impoſſibile eſt, ſcire, quis dejeciſſet, vel effudiſſet. ſenſus Gaji, quod non debuit utilitas hujus actionis probandi difficultate interverti. ac ne cui durum boc videatur; addendum, eſſe prudentiæ, quoties nihil ſine captione inveſtigari poteſt, eligere quod minimum habeat iniquitatis *l.* 200. *D. de reg. jur.* Hac igitur ratione ait Ulpianus, dandam eſſe hanc actionem adverſus ſingulos in ſolidum: quamquam ita; ut, ſi cum uno ſit actum, cæteri liberentur *l.* 3. *h. t.* perceptione, non litis conteſtatione: præſtaturi partem damni ſocietatis judicio, vel utili actione, ei qui ſolvit *l.* 4. *h. t.* Hoc in præſente Edicto. aliud eſt in lege Aquilia: & magna utrimque differentia quam indicavi *lib. Ad Leg. Aquil. c.* 10. Quod dixi, jus eſt, ſi plures in eodem cœnaculo habitent indiviſim. nam ſi diviſo inter ſe cœnaculo babitent: in eum ſolum qui inhabitabat eam partem, unde effuſum eſt, actio datur *l.* 5. *h. t.* Superioribus ſunt affinia quæ porro tractat Ulpianus *l.* 5. §. 1: ſed nullo ſenſu: niſi (quod unus ſubodoratus pro ſua ſagacitate, eſt Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 1.) variis lectionibus quibus obſidetur, ad hunc modum liberetur: *Si quis gratuitas babitationes dederit libertis & clientibus vel ſuis vel uxoris: ipſum eorum nomine teneri, Trebatius ait. quod verum eſt. idem erit dicendum, & ſi quis amicis ſuis modica boſpitiola diſtribuerit. nam & ſi quis cœnaculariam exercens, ipſe maximam partem cœnaculi babeat: ſolus tenebitur. ſed ſi quis*

cœ-

cœnaculariam exercens, modicum ſibi hoſpitium retinuerit, reſiduum pluribus locaverit: omnes tenebuntur, quaſi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effuſumve eſt. Interdum tamen (ſic pergit in §. 2. Ulpianus) *quod ſine captione actoris fiat, oportebit Prætorem æquitate motum, in eum potius dare actionem, ex cujus exedra dejectum eſt, licet plures in eodem cœnaculo habitent: quod ſi ex mediano cœnaculi quid dejectum ſit, verius eſt omnes teneri.* Quid *exedra* ſit, & *medianum*, expoſuit Budæus *Annotat. ad Pandect. p.* 222. *& ſeq.* De exedra quoque Buchnerus ad Plinium *lib.* 10. *Epiſt.* 72. *p.* 705 Pergit Ulpianus §. 3. *d. l.* 5. *Si horrearius aliquid dejecerit vel effuderit, aut conductor apothecæ, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habeat, ut ibi opus faciat, vel doceat, in factum actioni locus eſt, etiam ſi quis operantium dejecerit vel effuderit, vel ſi quis diſcentium.* Deinde ſubjicitur §. 5. *Cum autem in factum actioni* (ita repoſui *lib.* 1. *Probabilium c.* 10. pro, *Legis Aquiliæ actione:* ut paſſim editur) *propter hoc quis condemnatus eſt, meritò ei, qui ob hoc, quod hoſpes vel quis alius de cœnaculo dejecit, in factum dandam eſſe Labeo dicit adverſus dejectorem. quod verum eſt. plane, ſi locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.*

Deinde ait Prætor, *Si eo ictu homo liber periiſſe dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo.* Senſum hujus verſus, ſimul, quid inter eum ac ſuperiorem Edicti partem interſit, tradidit Ulpianus *l.* 1. §. 5. *& l.* 5. §. 5. *D. h. t.* nec opus interpretatione: ſufficit inſpectio, cum intelligatur ultro.

Pergit Prætor: *Si vivet, nocitumque ei eſſe dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo.* Verba, *Si vivet nocitumque ei eſſe dicetur*, non pertinent ad damna, in rem hominis liberi facta, ſi forte veſtimenta ejus, vel quid aliud ſciſſum corruptumve eſt: ſed ea quæ in corpus ejus admittuntur *d. l.* 1. §. 6. *D. h. t.* Computat vero Judex tum mercedes Medicis præſtitas cæteraque impendia in curatione facta: præterea operarum quibus caruit aut cariturus eſt ob id quod inutilis factus. cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æſtimatio: quia liberum corpus nullam recipit æſtimationem *l. ult. D. h. t.*

Poſtremus Edicti verſus eſt: *Si ſervus inſciente domino feciſſe dicetur, in judicio adjiciam, aut noxam dedere.* Satis clare edicit Prætor, quid cenſeat, ſi ſervus feciſſe dicatur, id eſt, ſi ipſe effuderit aut dejecerit, inſciente domino: nam vult dominum tum teneri actione noxali. ſed quid ſi, habitator ſit; ipſe non effuderit aut dejecerit? Ulpianus *l.* 1. §. 8. *h. t.* hic ait, poſſe quæri, utrum noxalis actio danda ſit, an de peculio? nam huic obſtare, quia non eſt ex negotio geſto: illi vero, quia non ex delicto ſervi venit; neque enim recta ſervi dici noxam, cum ſervus nihil nocuerit? quid ergo eſt? Ego puto, inquit, impunitum ſervum eſſe non oportere: ſed extra ordinem officio Judicis corrigendum. qua de re ſcripſi quædam ſupra ad Titulum *De juriſdictione pag.* 49.

Hæc de priore Edicti capite. altero ait Prætor in *l.* 5. §. 6. *h. t. Ne quis in ſuggrunda protectove, ſupra eum locum, qua volgo iter fiet, inve quo conſiſtetur, id poſitum habeat, cujus caſus nocere cui poſſit. qui adverſus ea fecerit, in eum ſolidorum decem in factum judicium dabo. ſi ſervus inſciente domino feciſſe dicetur, [aut æſtimationem dari] aut noxæ dedi jubebo.* Hoc Edictum ſuperioris portionem eſſe dicit Ulpianus: cauſatus, conſequens fuiſſe, Prætorem etiam in hunc caſum proſpicere: ut ſi quid in his partibus ædium periculoſe poſitum eſſet, non noceret *l.* 5. §. 7. *h. t.* Ait Prætor, *Ne quis in ſuggruenda protectove.* Hæc verba, *Ne quis*, putat Ulpianus §. 8. *d. l.* pertinere ad omnes vel inquilinos, vel dominos ædium: ſive inhabitent, ſive non, habent tamen aliquid expoſitum his locis: id eſt, his ſuggruendis protectiſve. quid autem ſit ſuggruenda protectumve, attingit Javolenus *l.* 242. §. 1. *D. de verb. ſignif.* plenius indicat Budæus *ad Pand. pag.* 223. *& ſeq.*

Pergit Prætor, *Supra eum locum qua volgo iter fieret, inve quo conſiſtetur, id poſitum habeat.* Ad hæc verba Ulpianus in §. 9. *d. l.* 5. ſic ſcribit: *Accipere debemus* poſitum, *ſive in habitationis, vel cœnaculi, ſive etiam in horrei, vel cujus alterius ædificii.* Sic Florentiæ extat. non male: ſubaudito verbo, *loco*, aut ſimili: ut jam annotavit Scipio Gentilis *lib.* 1. *Parerg. c.* 6. Addit Ulpianus in §. 10. poſitum habere etiam recte videri eum, qui ipſe quidem non poſuit, verum ab alio poſitum patitur. quare ſi ſervus poſuerit, dominus autem poſitum patiatur; dominum non noxali judicio, ſed ſuo nomine, teneri.

Deinde ait Prætor, *Cujus caſus nocere poſſet.* Ex his verbis manifeſtari, inquit Ulpianus §. 11. *d. l.* non omne quidquid poſitum eſt, ſed quidquid ſic poſitum eſt, ut nocere poſſit, hoc ſolum proſpicere Prætorem, ne nocere poſſit. coërceri autem qui poſitum habet, ſive nocuit id quod poſitum erat, ſive non nocuit. Illud quale, quod porro in §. 12. ſic ſcribit Ulpianus: *Si id quod poſitum erat, deciderit & nocuerit; in eum comptit actio, qui poſuit, non in eum qui habitaverit: quaſi hæc actio non ſufficiat; quia poſitum habuiſſe non utique videtur qui poſuit, niſi vel domiuus fuit ædium vel habitator.* Impeditus eſt Ulpiani ſenſus, an nullus; niſi reſtituatur: *Si id quod poſitum erat deciderit & nocuerit, in eum competit actio qui habitaverit, non in eum qui poſuit: quaſi hæc actio non ſufficiat.* & reliqua. Sic Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 32. non minus vere, quam ingenioſe. Sinet tamen Doctiſſimus ille Vir, me rem interpretari meo more. Species:

Titius habitat ædes: in quibus Sempronius, has non habitans, aliquid periculoſe poſuit. idque apparet, quod decidit & nocuit. hæc & non alia ratio verborum, *Deciderit & nocuerit*. quia quæſtio quæ ex facto movetur, non eſt de actione in duplum ex priore Edicti capite, propter damnum datum: ſed de actione in decem aureos ex poſteriore: in qua ſufficit periculoſe poſitum eſſe, etſi neque deciderit, neque nocuerit. Sit igitur, quam dixi, ſpecies: in qua Titius habitat ædes. in quibus Sempronius, eas non habitans, aliquid periculoſe poſuit. dubitatur: in quem detur actio in decem aureos: utrum in Sempronium qui poſuit, & non inhabitat: an in Titium qui inhabitat, ſed non poſuit. Dubitationi cauſam dedere Edicti verba, *Ne quis id poſitum habeat*; & mox, *Qui adverſus ea fecerit.* Ulpiano placet, in Titium qui inhabitat, competere actionem; non in Sempronium qui poſuit: quaſi hæc actio non ſufficiat: id eſt, quaſi hæc actio in Sempronium deficiat. Et eſt hæc bona ratio: quia Prætor hoc capite non loquitur de eo qui poſuit; ſed de eo qui poſitum habet. id vero ſic interpretatur Ulpianus, quod poſitum habuiſſe non utique videtur qui poſuit, niſi vel dominus fuit ædium vel habitator. Ulpianus, meo judicio, vult, verba Prætoris, *poſitum habere*, ex ejus mente circumſpecte eſſe accipienda: prorſus, ut qui poſuit, non videatur habere poſitum, niſi poſſit poſitum removere: quod tum erit demum, ſi ſit dominus ædium, vel inquilinus ſive conductor: is enim hic habitator appellatur: ut in *l. 59. D. de rei vindic. & l. 27. D. Locati.* Diſtinguit igitur Ulpianus Prætoris verba ab ejus ſententia: arbitratus, eum qui poſuit, etſi neque dominus ſit, neque habitator, id eſt, inquilinus aut conductor, ex Edicti verbis teneri: quia non poteſt negari, eum qui poſuit, quamdiu poſitum non aufert, poſitum habere. ſed viſum Ulpiano æquius, & menti Prætoris convenientius, eum qui poſuit, non teneri; ſi neque dominus ſit, neque habitator: quia ut poſuerit, tamen non eſt dominus, neque habitator; non ab eo pendet, ne duret poſitum periculoſe; ſed a domino aut habitatore. huic igitur, quamquam non poſuit, merito imputatur; quod patitur, in ejus ſuggruenda protectove eſſe poſitum quod ſciebat, aut ſcire debebat, tranſeunti periculoſum eſſe, licet ſit ab alio poſitum. Interim non opus, ipſum inhabitare, ubi poſitum habet, qui hoc nomine convenitur: modo conduxerit ædes *d. l. 5. §. 8.* quia utique debuit curare; ne eſſet poſitum. Aliquem forte moveat in contrarium: quod nec is qui poſuit, culpa vacuus eſt: quia ne ponere quidem ab initio debuit tranſeunti periculoſum futurum. Neque hoc nego. ſed ex adverſo conſiderandum: quod Prætor in hoc Edicto non vult inquiri, quis poſuerit: ſed quem oportuerit quo agitur tempore, proſpicere; ne haberet poſitum. hoc vero cujus officium eſt, præterquam domini aut inquilini? Illuſtravi meo more verſum primum *d. §. 12. l. 5.*

Quis alter? ſic ſonat: *Nam & cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expoſitam habuiſſet, eaque excidiſſet, & tranſeunti damni quid dediſſet, Servius reſpondit, ad exemplum hujus actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam eſſe; quia neque in ſuggruenda, neque in protecto tabula fuerit poſita.* Vocula, *Nam*, hoc verſu non eſt pro cauſali; non enim continet rationem dicti in priore: ſed diverſum quid ab illo tractat. ita ſumenda pro præterea, vel cæterum, vel ſimili, habente vim incipiendi. *Pergula* vero pictoris (nam hoc quoque addam) eſt, ejus exedra, officina, cellula: ut ſub Titulo, *De judiciis* dictum in explicatione *l. 19. §. 2. ibidem.* Porro *clypeus* eſt, picta imago, dicta a clypei, ſive ſcuti, forma. origo & cauſa nominis apud Plinium *lib. 35. Nat. hiſt. c. 3.* Expoſuit igitur pictor clypeum in pergula, ſive ante officinam. id ex eo liquet, quod clypeus decidit, & tranſeunti nocuit. an datur actio ad decem aureos? quærendi cauſa: quod Prætor eam actionem promiſit; ſi quid periculoſe poſitum ſit in ſuggruenda protectove. id vero in propoſito non eſt. palam igitur eſt, eam actionem non competere ex Edicti verbis. quia tamen in pergula ſic poſitus dicitur clypeus, ut tranſeunti per viam publicam æque periculoſus eſſet, ac ſi eſſet in ſuggruenda protectove poſitus; reſpondit Servius, ad exemplum hujus actionis, actionem dari oportere: id eſt, utilem ex Edicti ſententia. Poſtremus verſus *d. §. 12. l. 5.* ſic habet: *Idem ſervandum reſpondit, & ſi amphora ex reticulo* (reticuli mentio in *l. 17. §. 4. D. de act. empt.* ſed alias legitur, *reſticulo*) *ſuſpenſa decidiſſet, & damni dediſſet, quia & legitima, & honoraria actio deficit.* Senſus, in hoc caſu non competere actionem directam ex Lege Aquilia, neque honorariam ex priore Edicti capite: ſed dandam utilem: ut in explicatione *l. 1. §. 3. D. h. t.* tentatum ſupra.

In ſuperioribus Ulpiani locis mihi explicatio ſucceſſit ſatis ex ſententia. De ſequente ex §. 13. *d. l. 5.* plane deſpero. Verba talia ſunt: *Iſta autem actio popularis eſt, & heredi ſimilibuſque competit: in heredes autem non competit, quia pœnalis eſt.* Non improbo, quod ab Ulpiano popularis dicitur actio in decem aureos; ſi quis poſitum habeat in ſuggruenda protectove, quod delapſum, tranſeunti ſit periculoſum. non etiam improbo; quod ea actio dicitur in heredes non competere, quia eſt pœnalis. Una cura, quæ ſit ratio verborum: *Et heredi ſimilibuſque competit.* Nam ſi popularis eſt actio in decem aureos, ut præ ſe fert Ulpianus: competit unicuique de popu-

populo; nec attinet quærere, an heredi competat: cum illi competat, non tamquam heredi, ſed tamquam uni de populo. præit ſic Ulpianus *d. l. 5. §. 5.* in expoſitione prioris Edicti: *Quæ autem de eo competit, quod liber periiſſe dicetur, intra annum dumtaxat competit: neque in heredem, ſed neque heredi ſimilibuſque perſonis; nam eſt pœnalis & popularis.* Hoc ſi ab Ulpiano concluditur rationi & juri convenienter: an ei fas eſt in *d. §. 13.* dicere, *Iſta actio popularis eſt, & heredi ſimilibuſque competit?* Non eſt. atque eo minus: quia hæc actio ex ſecundo Edicti capite competens in decem aureos, non hoc nititur jure, quod poſitum nocuit, ſed quod poſſit nocere. cui igitur bono, illam in decem aureos dari heredibus ejus qui in re ſua læſus non ſit? Indicavi difficultatem manifeſtam, a Latinis Interpretibus quantum memini, non animadverſam. eam ſenſit, & tollere conatus olim fuit Scholiaſtes Græcus, *Baſilic. lib. 60. tit. 3. tom. 7. pag. 127. lit. P.* verbis quæ appoſui ex interpretatione Fabroti. *Id eſt, in factum quæ in duplum competit, de qua diſſeruit. ad eam enim redit modo, & quod in eo themate prætermiſerat, reponit. ibi enim docuit in duplum eam actionem dari. nunc docet popularem. Nec enim de ea loquitur quæ in decem aureos competit: quæ cum ſit de damno impendenti nondum facto, qua ratione nondum læſi in re ſua heredibus dari poſſet.* Sic ille: ſed refutatur palam *d. l. 5. §. 5.* Tu cogita.

TITULUS IV.

De noxalibus actionibus.

Actiones noxales quarum meminit Rubrica, Gajus *l. 1. h. t.* ait ſic appellari, quia non ex contractu, ſed ex noxa atque maleficio, ſervorum adverſus nos inſtituuntur. addit, earum vim ac poteſtatem eſſe; ut, ſi damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipſius corporis quod deliquerit, evitare litis æſtimationem. Juſtinianus autem §. 2. *Inſt. d. t.* ait, ſumma ratione permiſſum eſſe, noxæ deditionem fungi: namque iniquum eſſe viſum, nequitiam eorum quæ erat maxima, ultra ipſorum corpora dominis eſſe damnoſam.

Has actiones idem Princeps §. 4. *d. t.* ait eſſe aut Legibus, aut Edicto Prætoris conſtitutas: Legibus, veluti furti ex Lege Duodecim Tabularum, & damni injuriæ ex Lege Aquilia: Edicto Prætorum, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum. atque illæ ſpeciales ſunt. ſub hoc vero Titulo neſcio an Prætor generale propoſuerit Edictum: cujus Caput fuerit tale. *Si ſervus inſciente domino noxiam commiſiſſe dicetur: eum in cujus poteſtate erit, quantum ob eam rem æquum bonum Judici videbitur, tantum æs dare, noxamve dedere jubebo. Si ſervus ſciente domino feciſſe dicetur, detracta noxæ deditione, judicium dabo.*

In his verbis promittit actionem noxalem Prætor; ſi ſervus noxiam commiſiſſe dicetur. Nec tamen ignoro, eum feciſſe etiam filiifamilias & filiæfamilias mentionem: nam in his quoque perſonis locum habuit noxalis actio. & exemplum in *l. 33. h. t.* aliud obſervat V. Cl. P. Pithœus in *tit. 2. Collat. Leg. Moſaic. & Rom.* & præterea *l. 3. §. 4. D. de hom. lib. exhib.* Sed Juſtinianus §. *ult. Inſt. h. t.* docet, novam nominum converſationem exiſtimaſſe, hujuſmodi aſperitatem recte reſpuendam eſſe: ideoque placuiſſe, in ſervos tantummodo noxales actiones eſſe proponendas: eo magis, quod apud Veteres legum commentatores ſæpius inveniatur dictum, ipſos filiosfamiliarum pro ſuis delictis poſſe conveniri. Hac igitur contemplatione patere, noxalem actionem in ſuperiore Edicti forma tantum proponi, ſi ſervus noxiam admiſerit: modo eam commiſerit, inſciente domino. Scientia porro quid ſignificet, ex Paulo intelligitur: qui in *l. 4. h. t.* ſic ſcribit: In delictis ſervorum ſcientia domini quemadmodum accipienda eſt, utrum cum conſilio, an & ſi viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? quid enim ſi ad libertatem proclamans, domino ſciente faciat, aut quid ſi contemnat dominum, vel cum trans flumen ſit ſervus? rectius itaque dicitur, ſcientiam ejus accipiendam qui prohibere poteſt: & hoc in toto Edicto intelligendum eſt circa ſcientiæ verbum.

Habet igitur noxalis actio locum; ſi ſervus, inſciente domino, noxiam commiſerit. Juſtinianus autem §. 1. *Inſt. h. t.* noxiam interpretatur ipſum maleficium: & pro exemplis ponit. veluti, ſi furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiſerint. Ita probo hoc Gaji lib. 6. Ad Leg. XII. Tab. *Noxiæ appellatione omne delictum continetur l. 238. §. ult. D. de verb. ſignif.* Noxia enim eſt generale nomen: idque in duas diſcedit partes: delictum & crimen. delictum eſt privata noxia: crimen publicum. deſignat igitur noxia cum in Duodecim Tabulis, tum in Edicto, omne delictum, non omne crimen. & ita Diocletianus & Maximianus *l. 4. C. h. t.* etiam Ulpianus *l. 17. §. 18. D. de Ædil. Edict.* ad quem locum forte ſub illo Titulo aliqua.

Oſtenſo, quando locum habeat noxalis actio: ſequitur, adverſus quem detur. hunc Prætor deſignat his verbis: *Eum in cujus poteſtate erit.* quid vero hoc ſit, attingit Paulus *l. 215. D. de verb. ſignif.* ſic ſcribens: cum agimus de noxæ deditione cum eo qui ſervum non defendit; præſentis corporis copiam facul-

facultatemque ſignificamus. Inde Juſtinianus §. 5. *Inſt. h. t.* Omnis, inquit, noxalis actio caput ſequitur. nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum eſt actio. ſi autem in alterius poteſtatem pervenerit: cum illo incipit actio eſſe. at ſi manumiſſus fuerit: directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. nam ſi liber homo noxiam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe cœperit: (quod quibuſdam caſibus effici, primo libro tradidimus) incipit tecum eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.

Sequens locus eſt, cui competat noxalis actio. ſed cum detur ob damnum noxia datum; ultro intelligitur, dari ei cujus intereſt, ſibi non eſſe nocitum. unus excipitur dominus: nam ſi illi noxiam commiſerit ſervus; nulla eſt noxalis actio. & eſt ratio: quam his verbis adfert Juſtinianus §. 6. *Inſt. h. t.* namque inter dominum & eum qui in poteſtate ejus eſt, nulla obligatio naſci poteſt. ideoque hoc addit, & ſi in alienam poteſtatem ſervus pervenerit, aut manumiſſus fuerit: neque cum ipſo, neque cum eo cujus nunc in poteſtate ſit, agi poteſt. Unde ſi alienus ſervus noxiam tibi commiſerit, & is poſtea in poteſtate tua eſſe cœperit, interdicitur actio: quia in eum caſum deducta ſit, in quo conſiſtere non potuit. ideoque licet exierit de tua poteſtate, agere non potes, quemadmodum ſi dominus in ſervum ſuum aliquid commiſerit: nec ſi manumiſſus aut alienatus fuerit ſervus, ullam actionem contra dominum habere poteſt. Nec male Gajus *l.* 20. *D. h. t.* Qui, inquit, ex pluribus noxiis diverſis temporibus experitur, ex una noxia ſervi dominium nanctus, nullam amplius actionem habet adverſus eum qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput ſequatur. at ſi maluit dominus priore judicio litis æſtimationem ſufferre vel eidem, vel alii ex alio maleficio agenti, nihilominus tenebitur.

Reliquum eſt, ad quid detur noxalis actio. id Prætor oſtendit his verbis: *Quantum ob eam rem æquum bonum Judici videbitur, tantum æs dare, noxamve dedere jubebo.* Hæc clauſula quia infinitis locis adſtruitur, quin in Edicto fuerit, dubitari non oportet. Solum quæri ſcio, *noxam* dixerit Prætor, an *noxæ*. Sed malim, *noxam*: quia in altero quoque Edicti capite, quod eſt in *l.* 21. §. 2. *h. t.* Prætor ſimili locutione uſus eſt: Judicium, inquiens, dabo *ſine noxæ deditione.* præterea in *l.* 1. *D. de deject. & effuſ.* ſic ait, In judicio adjiciam, *aut noxam dedere.* In primis vero me movet Imperator Juſtinianus §. 1. *Inſt. h. t.* id verbum in Edicto fuiſſe comprobans, etiam quid deſignet, vere oſtendens. Datur igitur hæc actio ad hoc, ut damnum ſarciatur arbitrio Judicis; alioquin, ut dedatur ſervus noxalis. Ut tamen, quæ eſt elegans Ulpiani obſervatio, damni æſtimatio ſit in æſtimatione: noxæ deditio magis veniat ex beneficio legis *l.* 6. §. 1. *D. de re judic.* eique addi poteſt *l.* 21. *h. t.*

Dedere porro ſervum eſt, eum actoris facere, ſive ejus dominium in actorem transferre. proinde ſervum noxæ dedere ſolus poteſt dominus; & fuerit effectus deditionis, quem indicat Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* ut dominus noxali judicio conventus, ſervum actori noxæ dedendo ipſo jure liberetur: nec minus ejus ſervi dominium a domino in actorem transferatur. ac ſi ſervus damnum ei cui deditus eſt, reſarcierit, quæſita pecunia, auxilio Prætoris manumittatur. Juſtiſſime: quia ſic neutri domino fit injuria: non priori; nam ſervum ſua voluntate dereliquit: non poſteriori; quia reparato ei damno, nil ultra deſideret. damnum ſane erat cauſa dedendi. ea ubi ceſſat, quid ni ceſſet effectus?

Quod dixi jus eſt, ſi ſervus ſit in domini poteſtate. quid, ſi ſit in poteſtate bonæ fidei poſſeſſoris? Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* ſic ſcribit: Bona fide ſervi poſſeſſor, ejus nomine, furti actione tenebitur: dominus non tenetur. ſed noxæ dedendo (bonæ fidei poſſeſſor, quia non eſt ſervi dominus) non facit quidem actoris: cum autem cœperit iſtum ſervum dominus vindicare, doli exceptione ſummovebitur; vel officio Judicis conſequetur, (is cui deditus eſt ſervus) ut indemnis maneat. Sic breviter Ulpianus. plenius Africanus *l.* 28. *h. t.* & ad eum Cujacius *tractatu 6.* Hoc: ſi quis ab uno conveniatur noxali actione. quid, ſi a pluribus conveniatur, vel ſi ab uno, ex pluribus tamen delictis? late Ulpianus *l.* 14. *D. h. t.*

Deinde ait Prætor: *Si ſervus ſciente domino feciſſe dicetur, judicium dabo, detracta noxæ deditione.* Scientia quid ſignificet in hoc Edicto, jam ſupra expoſitum ex *l.* 4. *h. t.* Dominum nunc accipimus qui tempore commiſſæ noxiæ dominus fuit: & huc referri poteſt *d. l.* 4. §. 1. Ad poſtremam clauſulæ partem, *judicium dabo, detracta noxæ deditione,* poteſt referri *d. l.* 4. §. 3. *& l.* 5. *h. t.* Senſus clauſulæ eſt: ut, ſi ſervus, ſciente domino, noxiam commiſerit; dominus in ſolidum teneatur; nec poſſit defungi noxæ deditione *l.* 2. *h. t.* Quid, ſi plurium ſervus deliquerit, omnibus vel quibuſdam ſcientibus aut ignorantibus? de hoc *l.* 5. 9. 10. *&* 17. *h. t.*

Ex his apparet, dominum, ob ſcientiam, ſuo nomine teneri in ſolidum. an & ſervi nomine? Paulus *l.* 4. §. 2. *h. t.* ſic ſcribit: Cum dominus ob ſcientiam teneatur, an ſervi quoque nomine danda ſit actio, videndum eſt. niſi forte Prætor unam pœnam a domino exigi voluit. ergo dolus ſervi impunitus erit: quod eſt iniquum? imo utroque modo dominus tenebitur: una autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. Sic breviter

ter Paulus. pluribus Ulpianus *l* 2. §. 1. *d. t.* & ad utrumque locum ego *lib. ſing. Ad leg. Aquil. c.* 10. Dedi ſenſum prioris & poſterioris partis hujus Edicti. ſupereſt utriuſque differentia. hanc dedit *l.* 5. §. 1. *l.* 6. & 7. *h. t.*

Sequens caput ſic concipio : Si is qui in aliena poteſtate eſt, noxiam commiſiſſe dicatur, cum dominus, cum eſt præſens, defendere, alioquin tradere, & de dolo malo repromittere debet. Ita fere Calliſtratus *l.* 32. *h. t.*

Porro ait Prætor: Domino, ſi bona fide abſuit, item ſi quis jus, quod in ſervo habet, paratus ſit defendere, cauſa cognita, poteſtatem faciam. Hæc ex *l.* 2. §. 1. *D. Si ex noxal. cauſ. ag. l.* 30. *l.* 26. §. *ult.* & *l.* 27. *D. h. t.*

Aliud rurſus Edicti caput ab Ulpiano in *l.* 21. *h. t.* ita proditur. *Si is in cujus poteſtate* ſervus *eſſe dicitur, negavit ſe in ſua poteſtate ſervum habere: utrum actor volet, vel dejerare jubebo in poteſtate ſua non eſſe, neque ſe dolo malo feciſſe, quo minus eſſet; vel judicium dabo ſine noxæ deditione.* Summam capitis hanc dat Ulpianus *l.* 22. §. *ult. h. t.* Si, inquiens, negavit dominus, in ſua poteſtate eſſe ſervum, permittit Prætor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare ſine noxæ deditione velit. per quod vincet, ſi probaverit eum in poteſtate eſſe, vel dolo ejus factum, quo minus eſſet: qui autem non probaverit, in poteſtate adverſarii eſſe ſervum, rem amittit.

Quid eſt, *in poteſtate?* dices, habere ſervi dominium, & probo. ſed non eſt ſatis: præterea debet habere exhibendi ſervi poteſtatem *l.* 21. §. 3. *h. t.* Inde reſponſum *l.* 22. *d. t.* ſi ſervus depoſitus vel commodatus ſit, poſſe cum domino agi noxali actione. & pro ratione additur: quod ei ſervire intelligitur. & quod ad hoc Edictum attinet, in poteſtate ejus eſt: maxime, ſi habeat copiam recuperandi hominis. Eadem eſt ratio ejus qui ſervum ſuum creditori dedit pignori, aut qui eum alicui precario conceſſit, ſi modo ei ſit copia ſervum quandocumque repetendi, id eſt, ſi habeat pecuniam ex qua pignus diſſolvi, & liberari ſervus poſſit. Quid, ſi non habeat pecuniam: ſed rem qua vendita, ei facilis ſit pecuniæ comparatio? placet, ei non eſſe facultatem repetendi: ne alioquin cogatur res ſuas divendere ob noxam ſervi *d. l.* 22. §. 1. & 2.

Quod attinet ad creditorem qui ſervum pignori accepit, aut eum qui ſervum precario rogavit: is non tenetur noxali actione: quia etſi poſſideant juſte & naturaliter, non tamen opinione domini poſſident: & ideo vix eſt, ut eum ſervum in poteſtate ſua habere videantur; cum nec dominium noxæ deditione ad actorem transferre poſſunt. Debebit tamen creditor quive precario rogavit, ſervum defendere, aut jus quod in eo habet, amittet. avocabitur igitur ab eo ſervus & ducetur ab illo cui nocitum ſit *l.* 27. §. 1. *h. t.*

LIBER DECIMUS.

TITULUS I.

Finium regundorum.

Ex actionibus mixtis tam in rem, quam in perſonam, quas in loco feci quatuor, explicandæ reſtant adhuc tres: nempe finium regundorum, familiæ erciſcundæ, & communi dividundo: nam hereditatis petitionem libro v expoſui. Actio finium regundorum ſic appellata a primis Edicti verbis quo fuit propoſita. etſi profecta eſt primum a Lege Duodecim Tabularum: ut ex Cicerone *lib.* 1. *De legibus c.* 21. & Nonio, in verbo, *Lis*, intelligitur: ne quid addam de Inſcriptione *l. ult. h. t.* Fuere autem duo Legis capita. Priore comprehenſum fuit: ut inter affinia prædia vacuum relinqueretur ſpatium quinque pedum quo uterque vicinus poſſet ire, agere, & aratrum vertere: vetitumque fuit; ne id ſpatium uſucaperetur. Altero capite fuit cautum ut Prætor, vicinis de confinio jurgantibus, tres daret Arbitros, quorum arbitrio finium controverſia componeretur. Hæc Legis ſumma confirmata deinde Lege Mamilia: niſi quod voluit pro tribus Arbitris a Prætore unum mitti Arbitrum. Legis Mamiliæ præter Ciceronem meminere etiam Siculus Flaccus, *De condit. agror.* pag. 8. Aggenus Urbicus, *De limitib. agror. p.* 53, & Simplicius *p.* 83. Eſt igitur origo hujus actionis cum ex Duodecim Tabulis, tum ex Lege Mamilia. hanc Edicto excepit Prætor in hunc modum. *Finium regundorum ſi agetur inter confines: arbitrum dabo; ut fines ejus arbitratu regantur. item, ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine alicui aberit aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.*

Prima erit deliberatio, quando ſit huic actioni locus. eſt autem tum, *ſi agetur finium regundorum.* Hæc verba indicat Rubrica: deſumpta, ut paſſim, ex primis Edicti verbis.

Proprie autem fines diſtinguuntur a fundo, etiam a loco *l.* 60. §. *ult. D. de verb. ſignif.* & ideo eſt alia de loco, alia de fine quæſtio. illa eſt de proprietate vel poſſeſſione: iſta de neutra; ſed de finibus: id eſt, de ſpatio quinque pedum inter duos agros vacuo ex Lege Duodecim Tabularum. altera hujus Tituli: altera Tituli, De rei vindicatione. id declarat Conſtantinus *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* his verbis. *Si finalis controverſia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur, apud Præſidem eſſe conſtiterit: cum de majore ſpatio cauſa quædam non finalis, ſed proprietatis apud ipſum Præſidem debeat terminari.* Sic Conſtantinus. etiam Iſidorus *lib.* 5. *Orig. c.* 25. Verba Iſidori. *Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne diſſipentur, dummodo non anguſtiore quinque pedum loco ea controverſia ſit.* Ait, *anguſtiore.* Scribo, *auguſtiore* quod cum Conſtantini Lege convenit. Superioribus addam: quod ſi lis de loco, ſeu poſſeſſione, conjungatur cum quæſtione finium regundorum, primum eſſe inquirendum de poſſeſſione, deinde de finibus: ita traditum a Conſtantino *l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* ex qua deſcripta eſt *l.* 3. *C. h. t.* Dixi, quando detur finium regundorum actio.

Exſpectas, inter quos detur. ait Prætor, *Inter confines.* Hæc verba excerpſi ex *l.* 4. §. 10. *h. t.* In Duodecim Tabulis *vicinos* vel *vicanos*, fuiſſe, eſt communis ſententia, propter hoc M: Tullii *lib.* 4. *De republica*, apud Nonium *c.* 5. *pag.* 726. *Jurgare Lex putat inter ſe vicinos, non litigare.* Sed eſt error. ſunt hæc Ciceronis, non Duodecim Tabularum, verba. Dixit igitur Lex, & ex ea Prætor, *Confines.* qui & *adſines* appellantur *l.* 12. *D. h. t.* utrique in agris vicini: ut docet Feſtus, in verbo, *Adſines.* An etiam in urbe? ſed magis eſt, ut hic vicinia ſit, quam confinium: eo quod urbana prædia parietibus, non finibus, diſterminantur. Non alio ſpectavit Cicero, *in Topicis* §. 21. *Si in urbe de finibus controverſia eſt, quia fines magis agrorum videntur eſſe, quam urbis, finibus regendis adjicere arbitrum non poſſis.* Eadem ratione ne in agris quidem, ſi juncta ſint ædificia, erit huic actioni locus. nam ubi parietibus diſtinguuntur prædia, apparent fines, & ſupervacue reguntur. Si tamen in urbe ea contingat hortorum latitudo: nil vetat, vel ibi finium regundorum agi *l.* 4. §. *pen. l.* 2. *D. h. t.* Ita non competit hæc actio inter alios, quam confines: ac ſi inter duos agros ſit vel via publica vel flumen: non erit agrorum confinium; nec agetur finium regundorum: quia in confinio magis via flumenve eſt, quam vicinum prædium. Inde in *d. l.* 4. §. *ult.* legendum, *Si vero flumen vel via:* ita ſuadent quidam libri, & quodammodo ſequens deſiderat *l.* 5. *h. t.* Quid, ſi ſit privatus rivus aut via privata? jam agi poteſt: quia confinium eſt, hujuſmodi via aut rivo præſtante finem. idem dicendum, ſi in confinio aut ædificium aut arbor ſit *l.* 2. *h. t.* nam domus aut arboris interpoſitione non deſinit confinium. Hoc modo Aggenus Urbicus, *De limitib. agror. p.* 53. Verba ejus. *Finis enim multis documentis ſervabitur, terminis & arboribus notatis, & foſſis, & viis, & rivis, & vepribus, & ſuperciliis & rigoribus ſæpe normalibus, ut comperi aliquibus locis, inter arva marginibus quibuſdam tamquam pulvinis: ſæpe etiam limitibus. item petras notatas quæ in finibus ſunt, pro terminis habebitis.*

Promittit igitur Prætor actionem finium regundorum *inter confines:* eoque efficit, ut in hoc judicio par ſit omnium conditio; & ſingulæ perſonæ duplex habeant jus, id eſt, ejus qui agit & ejus qui convenitur *l.* 10. *D. h. t.* etſi placuit, eum magis videri actorem qui ad judicium provocaſſet. ſed cum ambo ad judicium provocant, ſorte res diſcerni ſolet *l.* 13. & 14. *D. de judic.* Nec hoc fruſtra; quod infinite *inter confines* ait Prætor: ſic enim intendit, ut non ſolum inter duos fundos, verum etiam inter tres pluresve accipi poſſit judicium finium regundorum, ut puta, ſinguli plurium fundorum confines ſunt, trium forte vel quatuor *l.* 4. §. 8. *D. h. t.* Datur igitur hæc actio inter confines. qui autem ſint tales, indicat actionis natura: nam eſt pro vindicatione *l.* 1. *h. t.* ideoque apparet, confines intelligi agrorum dominos: ſive veri ſint domini, jure civili, ſive jure Prætorio habeant jus dominio proximum: ut emphyteutæ in agris vectigalibus *l.* 4. §. 9. *d. t.* nam hi jure civili non ſunt domini agrorum vectigalium, nec agunt directa in rem actione: ſed a Prætore, quaſi domini ſint, habent utilem in rem actionem: ut dictum ſupra ſub Titulo, *Si ager vectigalis.* Similiter placet, inter eos qui habent uſumfructum, itemque inter fructuarium & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos qui jure pignoris poſſident, actionem finium regundorum competere *d. l.* 4. §. 9. ſive quod fructuarius & creditor pigneratitius habent jus in re, ex eoque in rem actionem: ſive quod eſſe videntur domini procuratores *l.* 1. §. *ult. D. de nov. oper. nunc. l.* 29. *in fin. D. Famil. erciſc.* Datur igitur hæc actio inter confines, id eſt, inter dominos vicinorum prædiorum. An etiam inter ſocios, communem fundum habentes? Paulus *l.* 4. §. 6. *h. t.* ſic ſcribit: *Qui communem fundum habent, inter ſe non condemnantur: neque enim inter ipſos accipi videtur judicium.* Hujus verſus, niſi conjungatur cum verbis §. 7. ſequentis, ex iiſque ſumatur ſpecies, ſane ſupervacua diſputatio eſt. quid enim vult ab his ſeparatus: niſi, quod non poteſt inter ſocios fundi unius communis pro indiviſo accipi judicium finium regundorum? ſed ea ſi fuit Pauli ſententia, inutilis eſt: nemine dubitante, ubi nulli ſunt

ſunt fines, ibi eſſe non poſſe litem de finibus. at qui poſſunt in fundo pro indiviſo communi, quatenus ad ſocios, intelligi fines? igitur ut inveniatur ſenſus *d.* §. 6. jungenda ei ſunt verba §. 7. mox ſequentis: in quibus hic caſus: *Si communem fundum ego & tu habemus, & vicinum fundum ego ſolus.* ex eo caſu quæritur; an poſſimus finium regundorum judicium accipere? Ulpianus, Pomponium ſequutus, negat, poſſe nos accipere. quam ob rem? ait, quia ego & ſocius meus in hac actione adverſarii eſſe non poſſumus, ſed unius loco habemur: id eſt, in fundo uno communi pro uno habemur: cum lis tantum inter duos eſſe queat. Ceſſat igitur directa finium regundorum actio. Sed an utilis dabitur? non videtur Pomponio, neque Ulpiano. quæſo, cur ita? non putant, hanc eſſe neceſſariam: parato ei alio remedio. id quale? Ulpianus ſic ſcribit: *Idem Pomponius, ne utile quidem judicium ſic dandum dicit: cum poſſit qui proprium habeat, vel communem, vel proprium fundum alienare, & ſic experiri.* Hæc ego paucis & quam ſimpliciſſime. pluribus & erudite, more ſuo, Dominus Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 38.

Quid, ſi fundum alienaverint ſocii, aut egerint communi dividundo, poſtquam vicinus cum iis egit actione finium regundorum? Julianus *l.* 9. *D. h. t.* putat, judicium finium regundorum manere, quamvis ſocii communi dividundo egerint, vel alienaverint fundum. Et eſt ratio: quod actio fiuium regundorum magis fundo, quam perſonis competit *l.* 4. §. 5. *h. t.* quamdiu igitur confines manent fundi, tamdiu inter confines manet actio finium regundorum, confuſis finibus.

Porro ait Prætor, *Si agetur.* Lex Duodecim Tabularum dixit, *Si jurgant.* Auctor M. Tullius *lib.* 4. *De republica*, apud Nonium, loco ſupra allegato. Inde *finale jurgium l. pen. C. h. t.* & *vicina jurgia* in hoc Horatii *lib.* 2. *Epiſt.* 2.

Sed vocat uſque ſuum, qua populus adſita certis
Limitibus vicina refugit jurgia.

Utrum tamen Prætor eo, an conſimili, uſus ſit verbo, non affirmavero temere; nec refert: cum *jurgium* & *jurgare* etiam generaliter de qualicumque lite dicatur: ut multis probat V. Cl. Johannes Savaro ad Sidonii Apollinaris *lib.* 2. *Epiſt.* 7. *pag.* 131.

Intelleximus, actionem finium regundorum inter confines a Prætore dari. Quæris, ad quid detur? Indicio erunt ſequentia Edicti verba: *Arbitrum dabo; ut ejus arbitratu fines regantur.* Tum iſta: *Item, ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine alicui aberit, aut ad alterum pervenerit, ut id præſtetur.* Conceptam a me cernis actionem finium regundorum, tamquam mixtam in rem & in perſonam: eoque conſtare ex duobus; id eſt, ex rebus & præſtationibus perſonalibus. Quod ad res attinet; (ab his incipiet explicatio) ejus ſummam, etſi obſcurius, continet hoc Ulpiani *l.* 8. §. 1. *h. t.* *Ad officium de finibus cognoſcentis pertinet, menſores mittere, & per eos dirimere ipſam finium quæſtionem, ut æquum eſt, ſi ita res exigit, oculiſque ſuis ſubjectis locis.* Sic editur, *menſores* & *per eos.* ſed præſtat, ſcribi, *menſorem*, & *per eum.* primum, quia hæc lectio convenit Legi Mamiliæ. fit deinde in *pr. d. l.* ab Ulpiano ſimiliter menſoris mentio. nec minus Conſtantinus *l.* 3. *C. d. t.* Agrimenſor, inquit, ire præcipiatur. Hæc mea in *d.* §. 1. obſervatio. Eſt alia Viri Ampliſſimi, Wilelmi Goeſii, *Not. ad Rei agrar. auct. pag.* 197. & *c.* 4. *Antiq. agrar. pag.* 37. verba, *Si ita res exigat*, a Triboniano eſſe Ulpiano aſſuta ſupervacue: nam rem ſemper exigere, loca oculis ſubjici ab Arbitro: & quidem uſque adeo; ut hinc alibi Inſpector appelletur. Sed ignoſcat mihi Vir Eximius non aſſentienti. Non enim ſpectant ea verba ad ſequentia, *Oculiſque ſuis ſubjectis locis:* ſed ad præcedentia, *Et per eum dirimere ipſam finium quæſtionem, ut æquum eſt.* Ita nolim, ea expungi in *d.* §. 1. imo puto, reſiſtere tenorem *l.* 2. 3. 4. *D. h. t.* §. 6. *Inſt. de offic. Judic.* & §. 20. *Inſt. de act.* nec dubito, quin idonea ſit Ulpiani ſententia, Eſſe officium Arbitri, de finibus ex Prætoris datione cogituri, Menſorem mittere in rem præſentem, ex ejuſque renunciatione (ſic ſolitum fuiſſe, liquet ex *l.* 3. §. 4. *D. Si menſ. falſ. mod.*) declarare & reſtituere antiquos fines, aut conſtituere novos, ſi ita res exigat, id eſt, ſi novis opus ſit finibus: quia veteres regi, aut inveniri nequeunt. quo vero hoc melius expediatur, poſtulat Ulpianus, vel Judicem oculis ſuis loca ſubjicere. Eſtque, ut hoc addam, illa Ulpiani locutio non diſſimilis huic Livii *lib.* 27. *c.* 26. *Quin imus ipſi cum equitibus paucis exploratum. ſubjecta res oculis noſtris certius dabit conſilium.* Ita plane eſt: Ulpianus vult, præter Menſorem, etiam Arbitrum in rem præſentem venire, & quale ſit de quo jurgatur, ſuis oculis conſiderare: eoque Inſpectorem appellari a Simplicio *pag.* 88. *in fine*, ſcire licet. Nec tamen oportet, Judicem in notione ſtare oculorum fide: ſed præterea ſequi vetera monumenta; & cenſus auctoritatem ante litem conteſtatam ordinati: modo ſucceſſionum varietate & poſſeſſorum arbitrio, additis detractiſve agris, fines poſtea permutati non ſint *l.* 11. *D.* & *l.* 2. *C. h. t.* Quid tandem? ſecundum hæc & alia finium documenta, inſuper ab Aggeno Urbico allata *Comment. in Jul. Frontin De limit. agror. pag.* 53. declarabit, Menſoris interventu, Arbiter, ſi poterit, antiquos fines: atque ut in rei vindicatione, ita in hac actione, rem reſtitui jubebit: ac ſi vel arbor vel ædificium fines confundat; arborem ſuccidi vel ædificium deponi: & niſi pareatur, contumacem con-

demnabit *l.* 4. §. 3. *h. t.* Nempe, quia actio finium regundorum in rem eſt; quatenus uterque affinis quod eſt intra pedes quinque, ſui dominii eſſe vindicat. At non eo minus eſt officium Arbitri, habere rationem ejus quod intereſt. ac fundamento æque bono ac firmo: videlicet, quod hæc actio eſt non in rem tantum, ſed in perſonam quoque. Reſpicis? ſed Paulus *l.* 1. *D. h. t. Finium*, inquit, *regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei eſt.* Senſus Pauli (me interprete) eſt: Finium regundorum actio etiam in perſonam eſt, licet alioquin pro rei vindicatione eſt: id eſt, Licet in ſpatio quinque pedum ſuam quiſque partem finium regundorum actione vindicet, ideoque hæc in rem actio ſit: quia tamen hac petitur quoque quod debetur; negari nequit, etiam in perſonam actionem eſſe, utpote obligatione ſubnixam. Atqui vocula, *etiam*, apud Paulum *d. l.* 1. non eſt. Fateor. ſed frequentes apud Veteres eſſe hujuſmodi locutiones, in quibus ea deficit particula, & intellectu ſupplenda eſt, pluribus exemplis demonſtravi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 3. In præſentia autem neceſſariam eſſe hanc interpretationem, an ambigam? ubi actio finium regundorum in §. 20. *Inſt. de actionibus* a Juſtiniano ſine circuitu mixta dicitur eſſe tam in rem, quam in perſonam. Jam illam rebus inde conſtare, tam res docet & natura actionis, quam demonſtratum modo eſt a Paulo. Præſtationibus autem perſonalibus ipſam non deſtitui, ignorari non ſinit hoc Juſtiniani §. 6. *Inſt. de officio Judicis: Eo* quoque *nomine condemnandus eſt quiſque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitioſe commiſit: verbi gratia, quia lapides furatus eſt, vel arbores finales excidit.* Mitto Juſtinianum: ipſe Paulus *l.* 4. §. 1. *h. t.* eodem plane modo, *In judicio*, inquit, *finium regundorum* etiam *ejus ratio ſit quod intereſt.* Ac ne exemplo careret obſervatio hæc perſonalis præſtationis, porro ſubjicit: *Quid enim ſi quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit quem vicini eſſe appareat? inique damnatio eo nomine fiet.* Sic Florentiæ exhibet Taurellius. at in vulgata Accurſii editione, & Marginalibus Ruſſardi Notis reperio, *an inique.* Multo melius: niſi Florentiæ ſic ponatur ſignum interrogationis poſt hæc, *inique damnatio eo nomine fiet?* nam tum eodem redit ſenſus: & interrogatione illa, etſi non ſequatur reſponſio, tale conſit exemplum præſtationis perſonalis ſatis elegans: Si quis ex confinibus aliquam percepit utilitatem eo ex loco quem vicini eſſe appareat; Judicem finium regundorum non modo rerum, ſed etiam ejus quod intereſt habiturum rationem; nec inique damnationem eo nomine facturum. Eſt & aliud conſimile Pauli exemplum in hoc *d.* §. 1. *Sed & ſi menſor ab altero ſolo conductus ſit, condemnatio erit facienda ejus qui non conduxit, in partem mercedis.* Poſſent hæc ſufficere exiſtimanti, Paulum in *d. l.* 1. eſſe adjuvandum ſubaudita vocula, *etiam.* Non tamen omittam hæc ejus ſequentia ex §. 2. *d. l.* 4. nam eodem exeunt: *Poſt litem autem conteſtatam* etiam *fructus venient in hoc judicium: nam & culpa & dolus exinde præſtantur. ſed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, ſi eos conſumpſit; aut mala fide, & condici oportet.* Non me confundit; quod a Paulo additur, fructus condici. nam condictiones ex cauſa injuſta vel ſine cauſa concurrunt cum aliis actionibus *l.* 5. *D. de except. rei judic. l.* 52. *D. Mandati.* Sed quid hæremus? ambiguitatem, ſi quæ hic videri adhuc poſſit, ipſe tollit Paulus *l. pen. D. Famil. erciſc.* conjungenda cum *d. l.* 4. §. *pen.* ut utraque ex eodem eſt ad Edictum libro 23. Verba Pauli ſunt hæc: *Non ſolum in finium regundorum, ſed & in familiæ erciſcundæ judicio, præteriti quoque temporis fructus veniunt.* Aliquis putet, quod in actione finium regundorum dixi, æque in rei vindicatione obtinere. Sed aliter ſe res habet: nam fructus in rei vindicatione, petita re Judicis arbitrio debentur: re non petita non debentur. At in judiciis diviſoriis jure obligationis & actionis debentur. præbet argumentum: quod in his etiam ſublata aut finita communione ſupereſt fructuum repetitio *l.* 6. §. 1. *D. Commun. divid.*

Hæc: ſi regi fines poſſint. quid, ſi nequeant? pone, de finibus nihil liquere; aut eam eſſe regionum difficultatem, ut non admittant veterum finium diſtinctionem: jam neceſſe eſt, novos conſtitui, & agi adjudicationibus *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *D. h. t.* idemque in loco obſervari *l.* 4. *d. t.* Eſt porro effectus adjudicationis; ut transferat adjudicatæ rei dominium, aut uſucapiendi conditionem *l.* 17. *D. de uſurp. & uſucap.* & quidem ſtatim a lata ſententia: quamvis nulla intervenerit traditio. Eſſe vero id in tribus hiſce judiciis ſingulare, auctor eſt Juſtinianus §. *ult. Inſt. de offic. Judic.* & ante Ulpianus *in Fragm. tit.* 19. Poſtremo adjudicationem, ſi de ea ſervanda quæratur, tuetur Prætor cum exceptionibus, tum actionibus *l.* 44. §. 1. *D. Famil. erciſc.* Interim ne alteri ea re creetur damnum, placuit quoque, eum cui facta ſit adjudicatio, invicem alteri ex æquo & bono certæ pecuniæ condemnari *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. §. 5. *D. h. t.*

Dixi de ſpatio quinque pedum, inter duo prædia, ex priore capite Legis Duodecim Tabularum & Legis Mamiliæ vacuo relinquendo. Deinceps agam de altero quo ejus uſucapio prohibetur. Ad hanc partem pertinet *l. pen. & l. ult. C. h. t.* poſteriorem attingam prius. ejus Inſcriptio eſt, *Imppp. Theodoſius, Arcadius & Honorius AAA. Rufino P. P.* verba hæc: *Cunctis molitionibus & machinationibus amputatis, decernimus, in finali quæſtione*

ſtione non longi temporis, ſed triginta tantummodo annorum præſcriptionem locum habere. Huic legi vim manifeſtam intulit Tribonianus: nam & mutilavit eam, & ejus ſenſum fecit contrarium huic quem ei dederant ejus auctores. non eſt hæc ſuſpicio: veritas eſt evidens & certa collatione *l. 5. Cod. Theod. h. t.* in qua ſic exſtat: *Cunctis motionibus & machinationibus amputatis, finalibus jurgiis omnem modum quem præſcripſimus, ac de eo tantum ſpatio, hoc eſt pedum quinque qui veteri jure præſcripti ſunt, ſine obſervatione temporis, arbitros juſſimus judicare. Quod ſi loca in controverſiam veniant, ſolenniter judicare cognoſcas, & ſeu civilis, ſeu criminalis actio competit, tribuetur: ita ut cauſa cognita, & redhibitione obnoxius decernatur, nec pœnam convictus aufugiat.* Finale jurgium de ſpatio quinque pedum arbitros hac, ut vides, in lege admittit ſine obſervatione temporis: verum Tribonianus in *d. l. ult.* juſſit, in eo non quidem longi temporis, ſed triginta annorum, præſcriptionem habere locum: nempe inflectens eam ad Conſtitutionem Theodoſii junioris ab eo poſitam in *l. 3. C. de præſcript. trig. vel quadrag. ann.* Quamquam & hæc interpolata ex *l. unic. Cod. Theod. de act. cert. temp. fin. lib. 4. tit.* 14. nam ibi ipſa quoque hæc finalis quæſtio excipitur a præſcriptione triginta annorum: cum ea exceptio ſit expuncta in *d. l. 3.* Sed in *l. 1. §. 1. C. de annal. except.* a Juſtiniano in actione finium regundorum palam approbatur præſcriptio triginta annorum.

Dixi de *l. ult. C. h. t.* exſpectas, quid ſentiam de *l. penult.* Verba hæc ſunt: *Quinque pedum præſcriptione ſubmota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.* Quid deſignent iſta verba, quæſo, dic mihi: nam ſic truncata a Triboniano quid ſignificent, ipſe tibi dicere neque auſim, neque poſſim. Interim in Codice Theodoſiano, prout olim eum edidit Johannes Tilius, non reperitur. ſed in editione Lugdunenſi Jacobi Cujacii anni 1566, aliiſque inſecutis, inter quas eſt noviſſima Jacobi Gothofredi, ſic exſtat: *Quinque pedum præſcriptione ſummota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola ſit igitur hujuſmodi una præſcriptio, quæ improbi petitoris refrenare poſſit invidiam, ſi veteribus finem cum ſignis limes incluſus congruum erudita arte præſtiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujuſmodi locum habebit ulla præſcriptio, cum diuturno ocio alienum rus quiſque aſſerat ſe diligentius coluiſſe: quando omne hujuſmodi jurgium ſolo præcipimus jure diſcingi quo artis hujus peritis omne commiſimus ſub fideli arbitratione judicium.* Jam ampliorem eſſe legem, non inficior: an planiorem dicere liceat, nondum conſtitui. ſenſum certe ejus, ſi intra præſcriptum verborum, ut oportet, maneamus, ego aptum & certum non magis cerno: quamvis talem ſe deprehendiſſe blanditus ſibi ſuo modo eſt V. Cl. Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 4. & alio Ampliſſimus Senator, Wilelmus Goeſius, *Not. ad Auct. rei agrar. pag.* 189. Sed mihi a neutro ſatisfactum: exiſtimanti, ut ſincerus dici poſſit loci ſenſus, non ſufficere, ad eum eſſe excogitatum a Viro Docto aliquid: ſed quod pro vero cedat, in ipſis verbis loci qui expediendus ſit, unicuique bona fide apparere oportere. id vero in propoſito non eſt ab illis præſtitum. ita mihi fas ſit, donec hoc contingat, judicium ſuſpendere, & in præſentia pronunciare, quod in *d. l.* 4. quæritur, mihi non liquere.

TITULUS II.

Familiæ erciſcundæ.

Actionem familiæ erciſcundæ eſſe profectam a Lege Duodecim Tabularum, Ulpianus auctor eſt *l. 1. h. t.* deinde Edicto incluſam a Prætore fuiſſe, intelligitur ex Gaji, Ulpiani, & Pauli libris Ad Edictum ſub hoc Titulo. verba Legis periere: etiam Edicti. ſumma ſit: *Familiæ erciſcundæ ſi agetur inter coheredes: arbitrum dabo; ut ejus arbitratu res hereditariæ ſingulis adjudicentur; item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Verba hæc, *Familiæ erciſcundæ*, indicat Rubrica: in quam, ut alias ſæpe, ex Edicto tranſiere. Iſta, *Si inter coheredes agetur*, ſum mutuatus ex *l. 1. pr.* & §. 1. *h. t.* item §. 20. *Inſt. de action.* Mentio *Arbitri* in *l. 43.* & *l. 57. h. t.* Sequentia deſignat *l. 22. §. 4. l. 55. h. t.* §. 4. *Inſt. de officio Judicis.* Profecta igitur familiæ erciſcundæ actio a Lege Duodecim Tabularum: hac ratione quam obſervat Ulpianus *d. l. 1. pr.* quod heredibus, volentibus a communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam conſtitui actionem, qua inter eos res hereditariæ diſtribuerentur.

Ait Prætor, *Familiæ erciſcundæ ſi agetur.* Hæc verba indicant, quando ſit huic Edicto locus: nempe, ſi agetur familiæ erciſcundæ. Erciſcere vero unde derivetur, & quid ſignificet proprie, multis inquiſivere Viri Doctiſſimi, Gerardus Johannes Voſſius *Etymologic.* & Claudius Salmaſius *Plinian. exercitat. pag.* 891. & *ſeq.* ſed meo inſtituto ſufficit, *erciſcere* eſſe verbum antiquum, valens idem quod dividere, auctore Iſidoro *lib. 5. Origin. c. 25.* Familia interdum ad perſonas refertur, interdum ad res *l. 195. §. 2. D. de verb. ſignif.* hoc modo ſumitur in præſentia: ſignificat enim hereditatem, vel res hereditarias. ita Ulpianus *l.* 2. & Gajus *l. 1.*

h. t. hereditatem & res hereditarias vocant quæ in Edicto veniunt appellatione familiæ. Atqui res ſunt diſtinctæ ab hereditate. Ut tamen ſub Titulo *De petitione hereditatis* dictum, hereditatis vim atque utilitatem continent. ita non eſt abſurdum, hereditatem rebus cenſeri; ex iiſque recipere diviſionem quam naturaliter non habet. quomodo ſervitutes, quia incorporales ſunt, individuæ habentur: & tamen obtinuit, uſumfructum fundi vel in ſolidum vel pro parte conſtitui ab initio *l. 5. D. de uſufructu.* ſimiliter dicamus de hereditate: quod ea quidem quatenus jus eſt, omnem reſpuit diviſionem, præter eam quæ intellectu conſtat: quatenus vero habet res & corpora, non magis a diviſione removetur, quam uſusfructus. atque ita accipio §. 4. *Inſt. de offic. judic. juncta. l. 8. in fin. D. de rei vindic. & l. 7. D. Si pars hered. pet.* Promittit igitur Prætor hanc actionem, ſi familiæ erciſcundæ agetur: & quia ſimpliciter atque indiſtincte: inde ſcribit Ulpianus *l. 2. h. t.* per familiæ erciſcundæ actionem dividi hereditatem, ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, ſive ex Lege Duodecim Tabularum, ſive ex aliqua, id eſt, alia qua, Lege, vel ex Senatuſconſulto, vel etiam Conſtitutione hereditas deferatur. Et bene addit, generaliter eorum dumtaxat dividi hereditatem poſſe, quorum peti poteſt hereditas. talis vero eſt delata & adquiſita. eoque & pertinet *l. 49. D. h. t.* Quid, ſi quarta ad aliquem arrogatum deferatur ex Conſtitutione D. Pii; an propter eam quoque eſt huic actioni locus? non eſt: quærentibus actionem directam: quia hic neque hereditas eſt, neque bonorum poſſeſſio. ſed utilis familiæ erciſcundæ actio erit neceſſaria *l. 2. §. 1. h. t.* Similis eſt dubitatio, ſi filiifamilias militis peculium ſit? ſed ait Ulpianus, fortius defendi poſſe, hereditatem per Conſtitutiones effectam, & ideo locum fore huic judicio. *d. l. 2. §. 2.*

Deinde ait Prætor, *Si inter coheredes agetur.* Datur igitur hæc actio inter coheredes *l. 1. h. t.* tales autem proprie intelliguntur qui ſunt Jure Civili coheredes. ſed Ulpianus *l. 24. §. 1. h. t.* familiæ, inquit, erciſcundæ judicium & inter bonorum poſſeſſores, & inter eum cui reſtituta eſt hereditas ex Trebelliano Senatuſconſulto, & cæteros honorarios ſucceſſores, locum habet. ut enim Jure Civili non ſint coheredes; Prætorio Jure pro coheredibus habentur. Porro Prætor, cum ait *Si inter coheredes agetur*, duplex facit familiæ erciſcundæ judicium: eoque vult, omnes coheredes pro actoribus, omnes pro reis, haberi *l. 2. §. 3. h. t.* omnes jurare, ſe non calumniæ cauſa litem intendere, & non calumniæ cauſa ad inficias ire *l. 44. §. 4. h. t.* Quod ſi eſt: differt actio familiæ erciſcundæ a petitione hereditatis. nam hæc non eſt ſic propoſita: ſed datur heredi adverſus eum qui pro herede prove poſſeſſore hereditatem totam vel pro parte poſſidet: & ideo ſimplex eſt, non duplex: quia intelligitur, quiſnam actor, quiſnam reus, ſit. quod in ſuperiore actione, in qua par omnium cauſa videtur, non eſt. etſi placuit, magis actorem intelligi eum qui ad judicium provocaſſet *l. 13. D. de judiciis.* & cum ambo ad judicium provocant, ſorte res diſcerni ſolet *l. 14. D. d. t.* Proponit igitur Prætor actionem familiæ erciſcundæ, ſi inter coheredes agetur. Id vero tum fit; ſi alter alteri non movet de hereditate controverſiam. ac ſi contra fiat: non dat actioni familiæ erciſcundæ, ſed petitioni hereditatis, locum *l. 1. §. 2. D. Si pars heredit. pet. l. 15. D. de except. rei judic.* Nec male ſic Scævola *l. 37. D. h. t. Qui*, inquit, *familiæ erciſcundæ judicio agit, confitetur, adverſarium ſibi eſſe coheredem.* In quibuſdam editionibus eſt, *non confitetur.* Sed Græci in *Baſilic. lib. 42. tit. 3.* non agnoſcunt negantem particulam: quamquam eam retineat Cujacius *lib. 9. Obſerv. c. 36.* & Hotmanus *lib. 5. Obſerv. c. 1.* Ita igitur eſt: ſi quis neget, adverſarium ſibi coheredem eſſe: primum petenda eſt hereditas, ut heres declaretur: deinde veniendum ad hereditatis diviſionem. Quod ſi ab hoc ordine recedatur: præpoſtere agitur; ac fit petitioni hereditatis præjudicium *l. 5. §. ult. D. de petit. hered.* & agenti obſtat exceptio, Ni fiat præjudicium petitioni hereditatis. Sic Gajus *l. 1. §. 1. h. t.* nec improbo: maxime, ſi is qui coheres eſſe negatur, partem ſuam non poſſidet. alioquin licet coheres eſſe negetur: putat Gajus, non nocere hanc exceptionem: magiſque Judicem apud quem hoc judicium agitur, eo caſu an coheres ſit, cognoſcere: poſtulante id quodammodo neceſſitate. primum, quia partem ſuam poſſidens non poteſt petitione hereditatis experiri: numquam illa poſſeſſori competente: cum contra familiæ erciſcundæ judicium etiam poſſidenti detur. deinde non eſt ſic periculum; ne in hoc caſu fiat petitioni hereditatis præjudicium: utique, ſi is qui ab hoc convenitur familiæ erciſcundæ judicio, hereditatem quidem ſuam eſſe petat, at non totam. cur enim hoc caſu familiæ erciſcundæ Judex, an ille coheres ſit, non cognoſcat: certo, quod ei jus eſt, de omni incidente quæſtione cognoſcere *l. 1. C. de ordin. judic.* & quamquam alter neget, alterum ſibi coheredem eſſe; non idcirco ejus partem ſuam eſſe dicit. recte igitur cognoſcit hac in ſpecie familiæ erciſcundæ Judex, an ille ſit coheres: quia niſi coheres ſit, neque oportet ei quidquam adjudicari, neque adverſarius ei damnandus eſt *l. 1. §. 1. D. h. t.* Datur igitur hæc actio inter coheredes. nec diſtinguit Prætor; utrum uterque, an alter, hereditatem poſſideat. nam vel hoc caſu partes ſuas interponit *l. 25. §. 2. h. t.* Non magis refert Prætoris; utrum unus petat familiam dividi, an omnes, vel plures: nam,

ut

ut dixi, nihil diſtinguit *l.* 2. §. 4. *h. t.* igitur ſic ſcribit Ulpianus *l.* 43. *D. h. t.* *Arbitrum familiæ erciſcundæ vel unus petere poteſt: nam provocare apud judicem vel unum heredem poſſe, palam eſt. igitur & præſentibus cæteris & invitis poterit vel unus arbitrum poſcere.* Sic paſſim editur. an recte? eſt, quod ambigas. quis enim ſic colligat, *Igitur & præſentibus cæteris & invitis?* contra videmus, *Invitos* accipi pro his qui præſentes contradicunt. patere igitur, pro *præſentibus*, reponi *abſentibus:* ut in *l.* 26. *D. de reg. juris* conjungenda cum *d. l.* 43: quando utraque eſt ex Ulpiani *lib.* 30. *Ad Sabinum:* ut ex Inſcriptione intelligitur. Igitur, ut hanc pertexamus telam, datur familiæ erciſcundæ actio inter plures ejuſdem hereditatis coheredes. plus dicam, poſſe etiam de pluribus hereditatibus, inter eoſdem coheredes communibus, unum ſumi familiæ erciſcundæ judicium *l.* 25. §. 3. 4. 5. *h. t.* ſicut ſi plures inter eoſdem ſint ſocietates: unum poteſt ſufficere judicium *l.* 57. §. 14. *D. Pro ſocio.*

Sequens locus eſt, ad quid detur inter coheredes actio familiæ erciſcundæ. non te differam diu. indicant hoc ſequentia Edicti verba: *Arbitrum dabo: ut ejus arbitratu res hereditariæ ſingulis adjudicentur: item, ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Hæc verba duo continent: primum, ut res communes hereditariæ inter ſingulos coheredes dividantur: deinde, ut ſi quod damnum lucrumve ad aliquem coheredum ex communione pervenerit, præſtetur. Ulpianus *l.* 22. §. 4. *h. t.* ſic exprimit: Familiæ erciſcundæ judicium ex duobus conſtat: id eſt, rebus atque præſtationibus quæ ſunt perſonales actiones.

Sic apparet, eſſe veriſſime traditum a Juſtiniano in §. 20. *Inſt. de actionibus*, actionem familiæ erciſcundæ eſſe mixtam, partim in rem, partim in perſonam. In rem, quatenus illa agens dicit, eam hereditatem pro parte ſuam eſſe: perinde ut in petitione hereditatis. ſolum intereſt, quod in illa jubet Judex, partem reſtitui pro indiviſo: in iſta pro diviſo *l.* 7. *D. Si pars hered. petatur.* Eſt igitur familiæ erciſcundæ judicium in rem actio: quia ſubnixum eſt jure in re. Nec eo minus eſt in perſonam. Qui poteſt? nulla inter coheredes nata obligatione: animadverſo, eos non ex conventione in communionem venire ſed in eam caſu incidere. quemadmodum autem ſine conſenſu contrahi videtur obligatio, & in perſonam actio naſci? Sed putemus, obligationem in propoſito re induci ſine conventione. nam ut de communnione nullum inter coheredes intervenerit negotium, deficiente conſenſu; ſi tamen communio ſit in cauſa, ut aliquis ex ea ſibi damnum lucrumve ferat: perinde naſcitur inter coheredes obligatio quaſi ex contractu, ac ſi aliquis contractus interveniſſet. ita Imp. Juſtinianus §. 4. *Inſt. de oblig. quæ quaſi. ex contract. naſc.*

De ſingulis videamus. primum conſtat actio familiæ erciſcundæ ex rebus *d. l.* 22. §. 4. *h. t.* ſed quibus? univerſis quæ ſint ex hereditate. inde obſervandum Judici, ut nihil omnino relinquat indiviſum *l.* 25. §. 20. *h. t.* & fit hac actione, ut amplius, quam ſemel, agi nequeat; & ſi quædam manſerint indiviſa: magis debeat communi dividundo judicio, quam familiæ erciſcundæ agi: quia poſt diviſam hereditatem, jam non communis hereditatis, ſed communis rei, dividendæ agi convenit. plane aliquando ſæpius agitur hac actione, cauſa cognita *l.* 20. §. 4. *h. t.* fit hoc, ſi dolus intervenerit: quia enim eſt hæc bonæ fidei actio; nullius momenti eſt diviſio in qua apparet dolus malus. exemplum tale *l.* 8. *C. de collationibus.* igitur conſtat hoc judicium rebus hereditariis. An & aliis? non opinor: ideòque, ſi quæ res ſit judicata non pertinere ad hereditatem, non venit in hanc actionem *l.* 25. §. 8. *h. t.*

Idem dicendum, ſi res ſit hereditaria, non tamen communis *l.* 9. *C. Commun. utriuſq. judic.* Exemplum *l.* 54. *D. h. t.* Ex hereditate L. Titii, mihi & tibi communi, alienavi meam fundi partem. deinde acceptum eſt inter nos familiæ erciſcundæ judicium. an pars quæ mea fuit, aut quæ tua eſt, in hoc venit judicium? Neratio neutrum videtur. primum negat, partem meam in judicium venire: eo quod alienata deſiit eſſe hereditaria. deinde ait, nec tuam venire in hoc judicium: quia hæc, ut maneat in priſtino jure, hereditariaque ſit: alienatione partis meæ de communione exiit. Sic Neratius: & addit, quod de unò dictum, etiam in pluribus obtinere. nam & ſi plures ſuas alienaverint partes: rationis eſſe; ne alienatæ veniant in hoc judicium: quia ſimiliter deſierunt eſſe communes. quod ſi qui ſuas partes non alienaverint, inter eos quin eæ veniant in hoc judicium, dubitari non oportet.

Superiori exemplo addam alia duo *l.* 25. §. 1. *h. t.* prius eſt; ſi miles duos inſtituerit heredes: unum bonorum caſtrenſium, alterum cæterorum. quæritur, an ſit opus actione familiæ erciſcundæ? negat Paulus: & recte. quia non eſt opus diviſione patrimonii per Conſtitutiones jam a teſtatore diviſi: certo militis privilegio; quod nuda ejus voluntas ſufficit ad faciendam bonorum ſuorum diviſionem *l.* 1. *D. de teſtam. militis.* Alterum exemplum eſt in nominibus: nam nec illa veniunt in actionem familiæ erciſcundæ judicium: quia Lege Duodecim Tabularum ipſo jure ſunt inter coheredes diviſa in portiones hereditarias *l.* 6. *C. h. t.* Tamen, ſi legatum uni ex heredibus ſit nomen; is heres id judicio familiæ erciſcundæ conſequitur *l.* 4. *h. t.* item, ſi ſtipulationes interpoſitæ fuerint,

de

de diviſione eorum, ut ſtetur ei, & ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in rem ſuam faciat, ſtabitur diviſioni *l.* 2. §. *ult. h. t.* Non minus ad officium Judicis nonnumquam pertinet, ut debita & credita ſingulis pro ſolido aliis alia attribuat: quia ſæpe & ſolutio & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen efficit hæc attributio, ut quis ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur: ſed ut ſive agendum ſit, partim ſuo, partim procuratorio, nomine conveniatur. nam licet creditoribus libera maneat poteſtas cum ſingulis experiundi, tamen & his libera poteſtas eſt ſuo loco ſubſtituendi eos in quos onera actionis officio Judicis tranſlata ſunt *l.* 3. *h. t.*

Cæteræ res omnes, præter nomina, veniunt in hoc judicium *d. l.* 4. *h. t.* idque variis exemplis demonſtratur *l.* 8. §. 1. & 2. *item l.* 9. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 14. *l.* 15. & *l.* 16. *h. t.* An & mala medicamenta, & venena? ſunt enim illa quoque hereditatis. igitur ait Ulpianus *d. l.* 4. §. 1. Mala medicamenta & venena venire quidem in judicium: ſed addit, quod Judex omnino in his interponere ſe non debet. magis oportet eum fungi officio viri boni & innocentis: ſoliti res humanas juvare, non perdere: ut pluribus oſtendi, *lib.* 3. *Probabilium c.* 2. Tantumdem facere eum debere, inquit Ulpianus *d. l.* 4. in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his ſimilibus: hæc enim omnia protinus corrumpenda eſſe. Quando potiſſimum Romæ cœperit mos improbandi libros, & comburendi improbatos, eſt egregius locus apud Senecam Patrem in *Proœmio lib.* 5. *Controverſ.* laudatus a Lipſio *ad Tacit. lib.* 4. *Annal. c.* 35. & legi dignus. De magicis porro libris quod ab Ulpiano poſitum eſt *d. l.* 4. teſtatur etiam Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 23. §. 18. At qui illi *his ſimiles?* opinor, Sacræ literæ, ex Ulpiani ævo: de quo Lactantius *lib.* 5. *Divin. Inſt. c.* 11: & clare ſic Prudentius, *Periſtephanon*, *Hymno* 5. *Vincentio Martyri.*

Saltem latentes paginas
Libroſque opertos detege,
Quo ſecta pravum ſeminans
Juſtis cremetur ignibus.

Hac crudelitate uſi adverſus Criſtianos Ethnici, dum rerum potirentur: & mutata republica, idem adverſus Ethnicos fecere Chriſtiani; & adverſus Hæreticos Orthodoxi: ut obſervatum a Chariſſimo meo Collega, A. Schultingio V. Cl. *Not. ad Paulum d. loc. pag.* 511. Poſtremo ſic ſcribit Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 4. Et ſi quid ex peculatu, vel ex ſacrilegio adquiſitum erit, vel vi aut latrocinio aut aggreſſura, hoc non dividetur.

Quid dicemus de tabulis teſtamenti? Ulpianus *d. l.* 4. §. 3. ait debere Judicem jubere, eas manere apud eum qui ex majore parte heres eſt, aut in æde deponi. nam & Labeonem ſcribere, vendita hereditate, tabulas teſtamenti deſcriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare; tabulas vero authenticas ipſum retinere, aut in æde deponi. Similiter, ſi quæ ſunt cautiones hereditariæ: debet Judex curare, ut eæ apud eum maneant qui majore ex parte heres ſit: cæteri deſcriptum & recognitum faciant, cautione interpoſita, ut cum res exegerit, ipſæ exhibeantur. ſi omnes iiſdem ex partibus heredes ſint, nec inter eos conveniat, apud quem potius eſſe debeant, ſortiri eos oportet: aut ex conſenſu aut ſuffragio eligendus eſt amicus, apud quem deponantur, vel in æde ſacra deponi debent *l.* 5. *h. t.* nam ad licitationem rem deducere, ut inſtrumenta hereditaria habeat hic qui licitatione vicerit, non placet *l.* 6. *h. t.*

Sed apparet, univerſas res hereditarias in hoc judicium venire inter coheredes officio Judicis dividendas. quomodo? ſi plures erunt: Arbiter in partes non ſcindet ſingulas; id enim non eſt dividere, ſed perdere: ut apud Quintilianum, *lib.* 6. *Inſt. orat. c.* 3, & Macrobium, *lib.* 2. *Saturn. c.* 7, Caſcellius reſpondit mercatori, interroganti, quemadmodum cum ſocio divideret navem. atque ita eſt: diviſurus res hereditarias Arbiter ſingulas non ſcindet in partes: ſed integras adjudicabit: & ſi diviſio tam difficilis ſit, ut pene impoſſibilis videatur: poteſt totam condemnationem in unius perſonam conferre, & adjudicare omnes res *l.* 55. *h. t.* idem eſt, ſi una dumtaxat res ſit dividenda: nam & hic eam, ſi patiatur diviſionem, dividet inter conſortes: alioquin alteri rem addicet, alteri æſtimationem §. 4. *Inſt. de offic. jud.* Hanc autem ei licet per ſe, ſi poteſt, inire: tantum obſervet, ut univerſas æſtimet res, non ſingularum rerum partes *l.* 52. §. *ult. h. t.* Poteſt & licitatione, ſi hac uti malit, inter coheredes inſtituta, æſtimationem facere *l.* 22. §. 1. *h. t.* Hæc; ſi in teſtamento pater nihil ſpecialiter obſervari juſſerit: alioquin ejus voluntatem ſequetur Arbiter *l.* 21. *C. h. t.*

Satis de rebus. tranſeo ad perſonales præſtationes. ſunt autem triplices: aut enim conſiſtunt ex utilitatibus perceptis, aut ex ſumptibus factis, aut ex damnis datis. quod ad utilitates perceptas attinet; in his pono res communes, ad aliquem ex coheredibus profectas: tum earum fructus, & uſuras: maxime, ſi eæ res adhuc ſint communes; & neceſſe fuerit coheredi, eas percipere. quod, ſi diviſæ ad coheredem perveniant; & unus ſtudioſus coheredis, ei exigat hereditarium debitum; cum non teneretur exigere: ceſſat familiæ erciſcundæ actio, & eſt locus actioni negotiorum geſtorum: quaſi amici, non coheredis, negotio utiliter geſto. itaque generaliter definitur, quidquid coheres accepit coheredum nomine, non aliter pertinere ad

hoc

hoc judicium, quam ſi neceſſe habuit gerere propter communionem. idem putemus in ſumptibus, a coherede factis in res communes hereditarias: nec tamen aliis, quam quos pro coherede fecerit neceſſitate: id eſt, ita, ut non poſſet eos ſibi facere ſeparatim. tunc enim quaſi coheres fecit. cæterum, ſi volens eos fecit ſine neceſſitate: tum fecit eos non quaſi coheres, ſed quaſi amicus; ideoque eos non actione familiæ erciſcundæ repetit, ſed actione negotiorum geſtorum. Exempla utriuſque generis ſunt complura *l.* 25. §. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15. *D.* & *l.* 20. *C. h. t.* ac ſecundum hæc explicanda *l.* 18. §. 1. *C. eod. tit.* præter alias magna diligentia, & pari doctrina tractata jam ab Arnoldo Vinnio, V. CL. *lib.* 1. *Select. quæſt. c.* 37. Tantum addam, quod cum dico, etiam ſumptus in hoc judicium venire; non excludo uſuras ex mora præſtandas *l.* 18. §. 3. *D. h. t.* nam ſic in omnibus bonæ fidei judiciis obſervari, nimis notum eſt. Item monebo, oportere hos ſumptus eſſe factos bona fide ex re coheredis ſine vitio coheredis *l.* 44. §. 5. *h. t.*

Præſtationibus perſonalibus poſtremo annumerantur damna a coherede communi hereditati data §. 4. *Inſt. de offic. Judicis:* modo ſi dederit quaſi heres: & ideo ſi unus ex heredibus pecuniam, vivo teſtatore, ſuſtulerit, in familiæ erciſcundæ judicium ea non veniet: quia tunc nondum heres erat. ubi autem quaſi heres fecit, etſi aliam præterea quis actionem habeat, tamen teneri cum familiæ erciſcundæ judicio, Julianus ſcribit *l.* 16. §. 4. *h. t.* & eſt exemplum §. 5. ſequente. Gajus vero *l.* 17. *eod. tit.* ait, commiſſo ab uno herede damno, conveniens eſſe dicere, ſimpli habendam in familiæ erciſcundæ judicio eſſe æſtimationem. Tenetur igitur coheres coheredi de damno injuria dato: nullo diſcrimine, utrum committendo dederit damnum, an omittendo: ſi dolus intervenerit, aut culpa *d. l* 16. §. 4. ſed quæ? lata & levis. an leviſſima quoque? poſſit quis putare: quia non contrahimus cum herede: ſed incidimus in eum, ut in negotiorum geſtorem quo de egi proprio Titulo. intereſt tamen: quod coheres habet gerendi cauſam, propter ſuam partem: negotiorum geſtor non habet, gerens rem alienam. ita pertinet hæc res ad utriuſque utilitatem; eoque debet coheres talem præſtare diligentiam, qualem in ſuis rebus. Sic clare Ulpianus *d. l.* 25. §. 16. tantum notanda in his ejus verbis, *Non tamen diligentiam præſtare debet, qualem diligens paterfamilias*, eſt mutatio gradus: poſitivo, *diligens*, poſito pro *diligentiſſimo*, id eſt, ſuperlativo: ut in ſimilibus ſæpe fieri, notum eſt omnibus.

Antequam hinc diſcedam, non inutiliter ſubjiciam ſequentia Pauli verba ex *l.* 27. *h. t.* *In hoc judicio condemnationes & abſolutiones in omnium perſona faciendæ ſunt: & ideo ſi in alicujus perſona omiſſa ſit damnatio: in cæterorum quoque perſona quod fecit judex, non valebit: quia non poteſt ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Si quis me roget, quo hæc ſpectent verba: non ſuadeam, ea referri ad diviſionem rerum hereditariarum; non enim huc pertinent; ſed ad præſtationes perſonales: in quibus obtinent præſertim condemnationes & abſolutiones. finge, alium ex coheredibus impenſas feciſſe; alium contra damnum dediſſe, aut emolumenta percepiſſe: ſuum quemque exigere mutuis petitionibus. ait Paulus, oportere Judicem de omnibus pronunciare condemnando, abſolvendoque una ſententia. quod ſi contra fecit, non valere ſententiam: & pro ratione addit, quod non poteſt ex uno judicio res judicata valere in partem, in partem non valere. non ita in rebus hereditariis. quamquam enim nec circa has Judex debet quidquam indiviſum relinquere, cum utique omnes veniant in hoc judicium: ſi tamen quid indiviſum manſerit, non idcirco nulla eſt ſententia: ſed res indiviſa facit judicio communi dividundo locum. & eſt ratio differentiæ; quod res ſingulæ neque cohærent inter ſe; neque ſpecialiter dividendæ veniunt in actionem familiæ erciſcundæ: ut in eam ſpecialiter deducuntur præſtationes perſonales; ipſæque inter ſe cohærent mutua petitione. igitur non eſt plena ſententia, ſi de quibuſdam præſtationibus judicavit Judex; de quibuſdam non. ſed eſt plena adjudicatio rerum; ſi quaſdam generaliter in judicium deductas diviſit adjudicavitque: aliis indiviſis relictis.

Expoſui Edictum: eoque quemadmodum dividenda inter coheredes adjudicationibus ſit familia. Reſtat effectus adjudicationis a Judice factæ. eſt autem ille: quod per eam ipſo jure ſtatim tranſit dominium §. *ult. Inſt. de offic. judic.* cum alioquin id per Judicis ſententiam non contingat: ut alibi monui. alter effectus eſt: quod Prætor adjudicationes tuetur actionibus & exceptionibus datis *l.* 44. §. 1. *D. h. t.* ea vero de re an aliquid edixerit Prætor, non auſim dicere. certe nullum extat ejus veſtigium.

Hh TITU-

TITULUS III.

Communi dividundo.

De actione communi dividundo nulla extant Prætoris verba. fuiſſe tamen, probabile eſt ex Gaji, Ulpiani, & Pauli, Fragmentis ſub hoc Titulo. Confinxi ego id in hunc modum. *Communi dividundo ſi agetur inter eos quibus res communes eſſe dicentur; arbitrum dabo: cujus arbitratu res communes dividantur: item, ſi quid in his damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Prima Edicti verba mutuatus ſum ex Rubrica quæ eſt, *Communi dividundo.* Cæteris verbis argumento eſt *l.* 1. 2. 3. *l.* 4. §. 3. *h. t.* §. 3. *Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contract.* §. 5. *Inſt. de offic. judic.* & §. 20. *Inſt. de action.* nec minus Iſidorus, *lib.* 5. *Origin. c.* 25. *p.* 931: Verba Iſidori: *Communis diviſio eſt inter eos quibus communis res eſt: quæ actio jubet poſtulantibus iis arbitrum dari: cujus arbitratu res dividantur.* Reſtitui Edictum. quæ ejus ratio? de ea ſic Paulus *l.* 1. *h. t. Communi dividundo judicium ideo neceſſarium fuit, quod pro ſocio actio magis ad perſonales invicem præſtationes pertinet, quam ad communium rerum diviſionem. denique ceſſat communi dividundo judicium, ſi res communis non ſit.* Quando & inter quos hæc obtineat actio, prima indicant Edicti verba, *Communi dividundo ſi agetur inter eos quibus res communes eſſe dicentur.* Hæc verba, *Inter eos*, evincunt, judicium communi dividundo eſſe duplex, ſicut familiæ erciſcundæ, & finium regundorum, actiones eodem modo inter coheredes & inter, adfines, propoſitæ §. 1. *l.* 2. *h. t.* obtinet igitur hæc actio inter eos, quibus res communes eſſe dicentur: & quia ſimpliciter Prætor loquitur; placet, eam dari, etſi non omnes eam petant *l.* 8. *h. t.* imo Pomponius apud Paulum *l.* 29. §. 1. *h. t.* ſcripſit, *Poſci judicium poſſe a quolibet ſociorum:* & addit, *Sed etiam ſi unus ex ſociis* mutus *erit, recte cum eo communi dividundo agi.* Florentiæ editur, *mutus.* eodem modo legunt Græci in *Baſilic. lib.* 12. *tit.* 2. ſed pro, *mutus*, apud Accurſium eſt, *invitus.* Ruſſardo placet, præferre Florentinam lectionem, *mutus:* ut is quaſi ex contractu teneatur, exemplo pupilli & furioſi *l.* 46. *D. de oblig. & act.* Non male; etſi poteſt & *invitus* valere, ut in *l.* 43. *D. Famil. erciſc.* Singulare jus eſt in veſtibulo communi duarum ædium: intercedente adverſus diviſionem neceſſitate: quam obſervat Paulus *l.* 19. §. 1. *h. t.* his verbis. *De veſtibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet: quia qui de veſtibulo liceri cogitur, neceſſe habet interdum totarum ædium pretium facere, ſi alias aditum non habet.*

Deindea it Prætor, *Quibus res communes eſſe dicentur.* Cum ait, *Res*, intelligit corporales tantum; non etiam hereditatem. Auctor Ulpianus *l.* 4. *h. t. Per hoc judicium*, inquiens, *corporalium rerum fit diviſio; quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.* Veniunt igitur in hoc judicium res ſingulares: nam hæ ſunt corporales. hereditatis diviſio non venit; etſi rerum hereditariarum diviſio hac actione fiat, ante facta hereditatis diviſione. nam hereditas univerſitatem ſignificat: quæ ſemel diviſa, deſinit eſſe univerſitas; nec deinde amplius dividitur. ita poteſt familiæ erciſcundæ judicium ſemel intendi, ſæpius non poteſt: & ſi quid indiviſum manſit; debet intendi communi dividundo judicium. eoque toties agere licet, quoties res communis petitur dividi, modo hæc, modo alia. hoc voluit Ulpianus *d. l.* 4. *pr.* & §. 2. & eſt in his confuſio: imprudenter infarcito §. 1. & hac clauſula *d.* §. 2. *Hoc judicium bonæ fidei eſt.* non enim cohærent bene intermedia. Eſt tamen hæc confuſio ab ipſo Ulpiano: nec debet tolli, niſi intellectu. quare ſic accipienda res, ac ſi ſcripſiſſet Ulpianus: Per hoc judicium fit diviſio rerum corporalium, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis. uſque adeo; ut hac diviſa, ſi una res ſit indiviſa relicta; valeat nihilominus cæterarum diviſio: & de ea quæ indiviſa manſit, debeat jam agi actione communi dividundo. Frequentes ſunt hujuſmodi confuſiones in ſcriptis Veterum. Obſervavi duas *lib.* 2. *Obſerv. c.* 26. item aliam ſupra in *l. ult. D. de alienat. judic. mut. cauſ. fact.* & alibi alias. Verum revertor ad *l.* 4. *h. t.* Dictum ibi, quod per hoc judicium fit diviſio rerum corporalium. Inde de puteo quæritur in §. 1? & Ulpianus, Melam ſequutus, ait, vel de eo agi poſſe: etſi non ſemper; ſed ſi ſolum commune ſit. quid, ſi unus habeat putei proprietatem; alter aquæ hauſtum ex puteo? non eſt commune ſolum: nec communio juris. non enim habeo aquæ hauſtum in puteo meo; non habens rei meæ ſervitutem. nihil igitur eſt inter nos commune, & ideo ceſſat actio communi dividundo. Si tamen aquæductus, a fundo ſeparatus, ut fieri poteſt, plurium communis ſit; placuit, etiam eum in utile communi dividundo judicium venire; ut menſura, aut tempore dividatur *l.* 19. §. 2. *h. t.* idque etiam in uſufructu qui æque incorporalis eſt, obſervatur *l.* 7. §. 10. *h. t.*

Sed, ut apparet, competit actio communi dividundo, ſi res communes ſint. nec diſtinguit Prætor, quomodò ſint communes: utrum cum ſocietate, an ſine ſocietate. utroque igitur caſu locus eſt actioni communi

di-

dividundo *l.* 1. *b. t.* Cum ſocietate res communis eſt: veluti inter eos qui pariter eamdem rem emerunt: ſine ſocietate communis eſt, veluti inter eos quibus eadem res teſtamento legata eſt *l.* 2. *b. t.*

Datur igitur communi dividundo actio inter eos quibus res communes ſunt. tales vero eſſe dominos rerum communium, optime obſervat Ulpianus *l.* 4. *b. t.* nam hi poſſunt rem communem pro parte vindicare. id vero eſt, communi dividundo agere: cum ea actione quiſque rem communem pro parte ſuam eſſe dicat; utrum autem habeat dominium jure civili: an jus aliquod dominio proximum, nihil refert: quid ni enim agat actione communi dividundo, qui non ſit dominus jure civili: cum dominus habeatur jure Prætorio; & utilem exerceat communi dividundo actionem, ut non habeat directam jure civili? Eo ſenſu dixit Ulpianus *l.* 7. *b. t.* Communi dividundo judicium locum habere & in vectigali agro.

Similiter poſſunt qui Publicianam in rem actionem habent, communi dividundo judicium exercere *d. l.* 7. §. 2. quia jure Prætorio quaſi domini habentur. §. 4. *Inſt. de action.* Præterea ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 6. ſi duo rem pignori acceperint: æquiſſimum eſſe, his dari utile communi dividundo judicium. idemque eſſe; ſi de uſufructu ſit inter duos controverſia §. 7. *d. l.* 7. nempe habet uterque, & creditor pigneratitius, & fructuarius, jus in re; ac, propter illud, in rem actionem. Aliqua fuerit forte difficultas in §. 8: ſi duo ſint a Prætore miſſi in poſſeſſionem legatorum. ſed Ulpianus ait, eſſe juſtam cauſam cuſtodiæ gratià. ergo & ſi duo ventres: idem fore dicendum, & habere rationem. plane, ſi damni infecti juſſus ſit poſſidere: non erit, inquit, huic utili judicio locus: cum vindicationem habere poſſit §. 9. *d. l.* 7.

Obtinet igitur actio communi dividundo plerumque, ubi rei vindicatio locum habet. imo (quod obſervat Ulpianus *d. l.* 7. §. 3.) ceſſat quidem illa ex quibuſdam cauſis, ſed tamen ſi ſit juſta poſſidendi cauſa, competit utile communi dividundo judicium: ut puta, ſi res poſſideatur ex cauſa indebiti ſoluti.

Vix opus admoneri, judicium communi dividundo locum non habere inter prædones; nec ſi precario poſſident; nec ſi clam: quia injuſta eſt poſſeſſio iſta; illa quidem juſta, ſed non pergit ad judicii vigorem *d. l.* 7. §. 4. Ea ratione neque colonis, neque eis qui depoſitum ſuſceperunt, hoc judicium competit, quamvis naturaliter poſſident *d. l.* 7. §. 11.

Porro ait Prætor, *Arbitrum dabo: cujus arbitratu res communes ſingulis pro parte adjudicentur: item, ſi quid in his damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Ex hac clauſula intelligitur, hanc actionem, perinde ut ſuperiores, ex duobus conſiſtere: primum ex rebus, deinde ex præſtationibus perſonalibus *l.* 4. §. 3. *b. t.* ultra nihil in hanc actionem venit *l.* 3. *b. t.* cætera eadem ſunt quæ in familiæ erciſcundæ judicio tractavimus *l.* 6. §. 11. *b. t.* Si quid ipſi ſine dolo malo inter ſe pepigerint, id in primis & familiæ erciſcundæ & communi dividundo ſervare Judex debet. *d. l.* 3. §. 1.

TITULUS IV.

Ad exhibendum.

Actionibus pleriſque in rem, item noxalibus quæ ſunt in perſonam, ſed in rem ſcriptæ, & mixtis tam in rem quam in perſonam de quibus actum eſt hactenus, ſubjicitur actio ad exhibendum, & ipſa in perſonam, ſimul in rem ſcripta, eoque actiones in rem in aliquibus imitans. præterea non principalis actio, ſed alterius actionis, vindicationis, verbi gratia, præparatoria. Forma Edicti quo propoſita ea actio fuit, me auctore, ſic confingenda. *Ad exhibendum ſi agetur ab eo qui rem judicio petiturus eſt, ob id quod ſua interſit; neque ea res arbitrio Judicis ei exhibeatur: adverſus eum qui eam poſſidere dicetur, quanti ea res erit, judicium dabo.* Utilitatem Edicti commendaturus more ſuo Ulpianus in *l.* 1. *b. t.* ſic ſcribit: *Hæc actio perquam neceſſaria eſt, & vis ejus in uſu cotidiano eſt, & propter vindicationes inducta eſt.* Et in *l.* 2. mox ex Paulo illuſtrandi Ulpiani gratia ſubjicitur: *Exhibere eſt, facere in publico poteſtatem, ut ei qui agat, experiundi ſit copia.* Senſus conjuncti utriuſque loci huc redit: quod uſus hujus actionis qui eſt inſignis & quotidianus, fere in eo conſiſtit; ut qui non poteſt agere re non exhibita, cum ejus intereſt agere, rei exhibitione accipiat experiundi facultatem. id multis modis contingere, attingam paulo poſt. hoc loco ſufficerit, intelligi, illam actionem eſſe tantum alterius præparatoriam; ideoque principali deficiente, quia jam non intereſt agi, nec acceſſoriæ uſum eſſe: ſupervacua præparatione ejus quæ ſequutura non ſit.

Expoſui Edicti utilitatem. porro diſputabo de nomine & proprietate actionis eo propoſitæ. ipſa in Rubrica & paſſim ſub hoc Titulo vocatur ad exhibendum: petito Rubricæ & actionis nomine a primis Edicti verbis. Eſſe vero perſonalem, auctor eſt Ulpianus *l.* 3. §. 3. *b. t.* animadverſo, niti non dominio, aut jure in re: unde in rem actio naſcitur;

tur; ſed obligatione quaſi ex contractu: quam æquitas, cum Diſputatione Fori, tum Edicto Prætoris, induxit. hanc opinionem juvat hoc Ulpiani *d. l.* 3. §. 1. *Qui ad exhibendum agit, non utique dominum ſe dicit, nec debet oſtendere; cum multæ ſint cauſæ ad exhibendum agendi.* Accedit illud §. 9. *d. l. Judex igitur ſummatim debebit cognoſcere, an ejus interſit, non an ejus res ſit, & ſic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interſit.* Ulpiani ſenſus: quod actor, quia hac actione non agit, ut res ejus declaretur; ideo non habet opus, dicere, ſe dominum eſſe. contra ſunt multæ aliæ cauſæ, præter dominium, propter quas poſſit ejus intereſſe, ſibi rem de qua acturus ſit, exhiberi. intendit igitur hac actione, reum oportere rem exhibere, id eſt, oportere facere: & ſi non exhibeat, ſive non faciat, actori præſtare quod ejus interſit, rem exhibitam eſſe. Hoc eſſe proprium actionis in perſonam, tam res loquitur, quam Juſtinianus atteſtatur §. 1. *Inſt. de actionibus.* Nec tamen inficier, hanc actionem in aliquibus habere imaginem actionum in rem. at non idcirco fit actio in rem. potius dixerim, non deſinere propterea eſſe in perſonam: tantum eo effici, eam non in omnibus finiri terminis actionum in perſonam; ſed in quibuſdam eos egredi.

Demonſtrato, perſonalem eſſe ad exhibendum actionem: age nunc reliquam ejus formam explicemus: & primum quidem, quid agat: deinde, cui competat, & adverſus quem: & poſtremo, in quo verſetur Judicis officium. Quod ad primum attinet: omnis ejus vis ſpectat ad exhibitionem rei, deinde in principali judicio petendæ. idcirco ad exhibendum vocatur a primis Edicti verbis. Ea verba fuere: *Ad exhibendum ſi agetur ab eo qui rem judicio petiturus eſt.* Eſt autem *exhibere*, ut ex Paulo *l.* 2. dictum, *facere in publico poteſtatem, ut ei, qui agat, experiundi ſit copia.* In publico vero ſignificat, palam. Plenius Ulpianus *l.* 3. §. 8. *D. de hom. lib. exhib.* ait, Exhibere eſſe, in publicum producere, & videndi tangendique hominis facultatem præbere: proprie autem exhibere eſſe, extra ſecretum habere.

Rei autem appellatione Prætor deſignat rem corporalem, non omnem, ſed mobilem & certam. Id conſequens eſt exhibendi verbo. ſola enim poteſt res corporalis ac certa tangi ac videri. ſolam præterea rem mobilem in publicum produci extraque ſecretum haberi, ratio patitur. rem immobilem, ut domum aut fundum, exhiberi nihil attinet; cum ſe ipſa exhibeat ultro: itaque ubi fit mentio actionis ad exhibendum, fere eſt ſermo de re mobili *l.* 56. *D. de procuratorib.* ut de ſervo *l.* 3. §. 6. *D. h. t.* gemma, ſigillo *l.* 6. *h. t.* rota vehiculo aptata *l.* 7. §. 1. de tabulis teſtamenti vel codicillis ab herede petendis *d. l.* 3. §. 8. de ſtercore in aream meam congeſto *l.* 5. §. 3. de rate in alterius agrum delata vi fluminis *d. l.* 5. §. 4. ſi ex uvis meis muſtum fecerit quis, vel ex olivis oleum, vel ex lana veſtimenta *l.* 11. §. 3. & ſimilibus.

Hoc non omittam: (convenit enim rei corporali ac certæ, ſoli in hanc actionem, inque rei vindicationem, venienti) quod, quiſquis in rem agit, auctore Ulpiano in *l.* 6. *D. de rei vindicatione*, eam hene deſignare debet. eodemque modo in *l.* 3. *D. h. t.* monſtrante Florentino exemplari, idem ſcribit Ulpianus: *In hac actione actor omnia noſſe debet, & dicere argumenta rei de qua agitur.* In memoria quidem habeo, pro *dicere*, in Margine apud Haloandrum, Hugonem a Porta, Juntas, nec non apud Johannem Cruceum Picardum *in Annot. ad d. l.* 3. reperiri, *diſcere:* eamque lectionem Viro Clariſſimo, C. Van Bynkershoek, Senatori, in *Præfatione ad libros* IV *Obſervationum* adeo placere: ut de ea non eſſe dubitandum, ſibi aliiſque omni modo perſuadeat. Sed mihi videntur pugnantia, actorem in hac actione oportere ultro ex ſe noſſe omnia rei qua de agitur argumenta; & interim debere a reo diſcere omnia. quid, ſi ne jus quidem ferat, reum teneri, actori omnia ſuppeditare argumenta rei de qua agitur? Eſſe tamen hæc conſequentia ſuperiori correctioni, nimis liquet. Ignoſcat igitur mihi Doctiſſimus Senator; malenti, in *d. l.* 3. retinere verbum, *dicere*, quod eſt Florentiæ. Id valet idem quod edere, ſive (ut Ulpianus in *d. l.* 6. loquitur) deſignare: denique vult, In hac actione actorem debere omnia noſſe & edere, ſive deſignare, argumenta rei de qua agitur. videlicet, ut reus, etiam ut Judex, intelligat, quid actori exhiberi debeat. Sic vides ſenſum Ulpiani ſine emendatione ſane bonum: eoque indicari ſimul uſum juris, uſque adeo veri & explorati: ut ipſe Ulpianus de cujus ſcriptura lis eſt, in *d. l.* 3. §. 7. hic ſpeciale quid obſervet in actione noxali: nam in hac (& eſt valde notandum) ambigi, ſi domino ſervum defendere parato, actor deſtinare nequeat, niſi ex præſentibus, quia aut ſervum non recognoſcit, aut nomen non tenet; an exhibenda illi ſit familia: eum in finem, ut noxium ſervum agnoſcat, id eſt, ut omnia diſcat argumenta rei qua de agitur. putat autem, hoc eſſe æquum, & ex cauſa fieri oportere ad deſignandum eum cujus nomine quis agit, recenſitione ſervorum facta. Sit igitur ex Ulpiani ſententia in *d.* §. 7. *l.* 3. (cui addo *l.* 3. §. 2. *D. de publicanis*) hoc plane ſingulare in noxali actione; & in hac, ut ille ait, non ſimpliciter, nec ſemper, ſed tantum ex cauſa, id eſt, cauſa cognita, indulgendum. Alias eſt veriſſimum, (quod in *d. l.* 3. dicitur) *In hac actione actorem omnia noſſe debere & dicere argumenta rei de qua agitur:* perinde ut in rei vindicatione: utraque actione pari hac in parte:

te: cum in neutram alia deducatur res, quam corporalis & certa. ideoque ut a reo & Judice intelligatur, bene deſignanda.

Sequens tractatus erit, cui competat ad exhibendum actio. Non longe petam deſignatum Prætoris verbis: *Ad exhibendum ſi agetur ab eo qui rem judicio petiturus eſt, ob id quod ſua interſit.* Prætor hanc actionem dat ei, qui rem quam judicio petiturus ſit, ſibi exhiberi poſtulet: eo quod ejus interſit, eam ſibi exhiberi. Præit Neratius: eleganter definiens ex ſententia Ulpiani *d. l.* 3. §. 11. *Judicem ad exhibendum hactenus cognoſcere, an juſtam & probabilem cauſam habeat actionis propter quam exhiberi ſibi deſideret.* Dicamus igitur, acturo hac actione duo eſſe probanda: primum, ſua intereſſe, rem quam judicio petiturus eſt, ſibi exhiberi: deinde intereſſe ſua, id fieri propter actionem quam jam habeat, aut ſperet habere, re exhibita. ſi alterum deſit; ceſſat ad exhibendum actio. de utroque videamus. primum ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 9. actorem probare oportere, ſua intereſſe, rem quam judicio petiturus ſit, ſibi exhiberi: de eoque Judicem ſummatim cognoſcere. Intereſſe porro ejus, Gajus *l.* 13. *h. t.* exponit, ſi ejus interſit *peculiariter*. Sic Florentiæ extat. In vulgato Accurſii exemplari eſt, *pecuniariter*: ut in *l. ult. D. de privat. delict.* forte melius. Ecce: quod eſt thema *d. l.* 13. aliquis hominem liberum detinet pro ſervo. alius poſtulat, eum exhiberi. an ei utilis ſit ad exhibendum actio? Gajus ait, eum quidem habere interdictum de libero homine exhibendo: (nempe, ſi dolo malo detineatur, nec ei moveatur controverſia de libertate *l.* 3. §. 7. *D. de hom. lib. exhib.*) ſed actionem ad exhibendum illi eſſe inutilem: eo quod hæc creditur competere ei cujus pecuniariter intereſt. ne autem homo liber ſervitute prematur, intereſt quidem hominis ex juſta affectione tuendæ libertatis: ſed non intereſt ejus pecuniariter; quia libertas non eſt res privata, ſed publica *l.* 53. *D. de fideicom. libert.* At enim Paulus *l.* 12. *D. h. t. De eo*, inquit, *exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt.* Sed retinenda Pauli verba. non ait, ſemper atque indiſtincte eſſe huic actioni locum; ſi quis velit, liberum exhiberi hominem quem ſit vindicaturus in libertatem: ſed ei poſſe locum eſſe. quid ni enim petat quis, hominem liberum quem velit vindicare in libertatem, ſibi exhiberi; ſi quando poſſit ejus pecuniariter intereſſe propter eam actionem? fuerit talis caſus: (quem obſervat Accurſius) ſi patronus libertum ſuum qui ab alio poſſidetur tamquam ſervus, velit vindicare in libertatem. intereſt enim ejus pecuniariter, propter obſequia, operas, & munus. jure igitur agat hic ad exhibendum, etſi alias non poſſet agere.

Oportet igitur acturum ad exhibendum, probare, ſua intereſſe, rem exhiberi ſibi: ſed ſua intereſſe, propter actionem quam habeat, aut ſperet habere, re exhibita. Eſtque id vel eo notandum, quod ſic intelligitur, hanc actionem non eſſe principalem actionem; ſed eſſe alterius actionis præparatoriam; ideoque non dari alii, quam qui poteſt oſtendere, ſua intereſſe, rem propterea ſibi exhiberi: quod ſit acturus alia actione quam demum poſſit inſtituere, re exhibita. Atque hoc indigitat Ulpianus *l.* 1. *h. t.* dicens; quod hæc actio maxime inducta eſt propter vindicationes. proinde ſi non oſtendatur vindicatio, verbi gratia: an eſt opus actione ad exhibendum, tantum ad præparandam aliam actionem pertinente? contra recte ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. quod hæc actio ei competit, qui in rem acturus eſt qualicumque in rem actione: etiam pigneratitia Serviana, ſive hypothecaria. idemque in §. 4. dicit de actione confeſſoria qua vindicetur uſusfructus, puta, rei mobilis. Sed hæc actio, ut Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. ait, non ſtat intra præparationem actionum in rem, ut neceſſe ſit hac acturo, utique dicere, ſe dominum eſſe: ſed ſunt & aliæ multæ cauſæ ad exhibendum agendi; etſi actoris res non ſit; modo ejus interſit *d. l.* 3. §. 9. propter perſonalem actionem. Ex eo genere eſt noxalis actio: de qua ſic ſcribit Ulpianus *d. l.* 3. §. 7. Si quis noxali judicio experiri velit, ad exhibendum ei actio neceſſaria eſt. quid enim ſi dominus quidem paratus ſit defendere, actor vero deſtinare non poſſit, niſi ex præſentibus, quia aut ſervum non recognoſcit, aut nomen non tenet: nonne æquum eſt, ei familiam exhibere, ut noxium ſervum agnoſcat? & ait Ulpianus, quod ex cauſa debet fieri ad deſignandum eum cujus nomine noxali quis agit, recenſitione ſervorum facta. Simile exemplum eſt in interdictis *d. l.* 3. §. 5. ut de glande legenda *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* & ſimilibus. Aliud exemplum eſt in criminibus: de quibus ſic Ulpianus *l. ult. D. h. t.* quæ eſt ex *lib.* 2. *Regularum: Quæſtionis habendæ cauſa ad exhibendum agitur ex delictis ſervorum ad vindicandos conſcios ſuos.*

Satis dixi, quid juris ſit; ſi quis acturus ad exhibendum oſtendat, ſua intereſſe rem exhiberi, propter actionem quam jam habet paratam. Adhuc dicendum idem eſſe; ſi eam non habeat quidem; ſed ſperet, habere, re exhibita. Tale exemplum Ulpiano *d. l.* 3. §. 6. *h. t.* eſt, legata optione. fac: relicta mihi eſt optio ſervi, vel cujus alterius rei: volo optare; id eſt, eligere. non poſſum, non exhibita teſtatoris familia. an poſſum agere ad exhibendum? ait Ulpianus, me agere poſſe, & hoc conſtare. Atqui vindicationem, ante quam optavi, nullam habeo. ita intereſt mea, familiam mihi exhiberi, tamen non intereſt mea, propter vindicationem quam non habeo. Sed putat Ulpianus, mihi ſuffi-

cere ſpem, fore; ut exhibita familia vindicare poſſim. Plus ait Ulpianus §. 10. *d. l.* 3. ſi legata mihi ex pluribus ſit res una quam optaverit Titius: non eſt mea, antequam optavit Titius: ſed futura erit mea, optione a Titio facta. igitur ſicut intereſt mea, a Titio optari, & exhiberi ei: ita æquum eſt, eo nomine mihi banc actionem dari. Superiori exemplo affine eſt ſequens apud Paulum *l.* 6. *b. t.* proponitur ibi gemma incluſa annulo, aut ſigillum candelabro. non poteſt gemma vindicari ab eo cujus fuit ante, quam annulo incluſa eſſet, quia non eſt dominus gemmæ annulo inhærentis. contra gemma eſt pars annuli, eoque domini annuli jure acceſſionis. rei autem vindicatio datur quidem domino adverſus poſſeſſorem qui non ſit dominus; ſed non domino adverſus dominum non datur. intereſt igitur ejus cujus gemma fuit, eam exhiberi. Nec obſtat, quod ei nulla gemmæ eſt vindicatio, actione ad exhibendum præparanda. Nam hæc erit; dominio gemmæ ejus ab annulo ſeparatione ad antiquum dominum reverſuro. quod ſufficere, putat Paulus. Similia adfert Ulpianus *l.* 7. §. 1. & 2. *b. t.* ſed non egent explicatione. ſolum monebo, quod in tigno ædibus juncto non idem cenſet Paulus *d. l.* 6. imo negat, ad exhibendum de eo agi: propter Legem Duodecim Tabularum; quæ vetuit, tignum alienum ædibus junctum ſolvi: ſed voluit agi actione de tigno juncto in duplum: de quo ut & cæteris diſputavi plenius ſupra ſub Titulo, *De rei vindicatione.*

Apparet igitur, quod initio dixi, hanc actionem competere demum ei cujus pecuniariter interſit, rem ſibi exhiberi, propter juſtam & probabilem cauſam actionis quam aut paratam habeat, aut ſperet re exhibita habere. Non minus vere obſervavi, eam ceſſare, altero deficiente. Intererit, & hoc exemplo demonſtraſſe. In *d. l.* 3. §. 11. occurrit tale apud Ulpianum: Fur, aut prædo, verbi gratia, poſtquam deſiit poſſidere rem quam furto aut rapina abſtulit, ab eo cui abſtulit, conventus actione ad exhibendum, eadem actione repetit eum ad quem ea pervenit. an poteſt? certe intereſt ejus, rem ſibi exhiberi: quia ipſe domino tenetur exhibere & reſtituere. actio autem ad exhibendum datur ei cujus intereſt. Sed id nequaquam verum eſſe, Ulpianus ait: & cauſatur; quod non ſufficit, actoris intereſſe: ſed oportet ejus intereſſe propter juſtam & probabilem rationem: ex qua competat ei aut interdictum aut actio, rei vindicatio, verbi gratia. at in propoſito fur neque interdicturus, neque vindicaturus eſt. non igitur danda ei eſt ad exhibendum actio, quamvis interſit ejus: non patiente civili aut naturali ratione tuendæ humanæ ſocietatis, aliquem de improbitate ſua facere lucrum. *l.* 12. §. 1. *D. de furtis,* Pulchrum fuit ſuperius exemplum: ſed æque pulchrum erit ſequens. ex *l.* 19. *D. b. t.* aliquis putat, ſibi deberi aliquid, & hoc poſſe liquere ex adverſarii rationibus. idcirco petit, bas ab eo ſibi exhiberi. an jure, quæritur? Non eſt dubium; quin interſit ejus, eas exhiberi; nec magis dubium, quin liceat ad exhibendum agere omnibus, quorum intereſt. Paulus tamen negat, eum habere hanc actionem: quia, ut in anteceſſum dictum, non oportet qualiter qualiter intereſſe actoris; ſed oportet ejus intereſſe, propter ſequuturam rationum vindicationem, his exhibitis: quod in propoſito non eſt: quia rationes non ſunt ejus. Paulus id illuſtrat exemplo: dicens, aliter exiſtimantibus, etiam ſtudioſum alicujus doctrinæ poſſe dicere, ſua intereſſe, illos aut illos libros ſibi exhiberi: quia exhibitis, lectiſque, doctior & melior futurus eſſet. ſed hoc, inquit Paulus, eſt calumniari, & captare Edicti verba: quod non decet jus civile. Prætori enim, cum vult intereſſe actoris, ut hanc impetret actionem, non ſufficit, ejus qualiter qualiter intereſſe: ſed ejus pecuniariter intereſſe, & quidem ob juſtam & probabilem cauſam actionis, quam aut jam habeat, aut ſperet babere, re exhibita.

Eſt tamen caſus in quo Ulpianus refert, receptum eſſe, ſed benigne: ut ceſſante actione directa ad exhibendum, detur in factum, id eſt, utilis. is caſus in *d. l.* 3. §. 14. *b. t.* eſt bujuſmodi: Uxoris meæ ſervus meas rationes conſcripſit. hæ rationes a te poſſidentur. deſidero, eas exbiberi. an poſſim agere ad exhibendum? ait Ulpianus, ſi mea eſt charta, in qua ſcriptæ ſint rationes, eſſe huic actioni locum. evidente ratione; quod intereſt mea pecuniariter, chartam ſcriptam mihi exhiberi, & exhibitam, a me vindicari. at ſi charta non eſt mea; ne ſcriptum quidem meum eſt. interſit igitur mea pecuniariter, mihi chartam ſcriptam exhiberi: quia tamen exhibitam non potero vindicare; ait Ulpianus, ceſſare ad exhibendum actionem: cum mea non interſit propter actionem. Hoc ſervantibus Edicti verba: ſed Ulpianus, Juliani auctoritate motus, ait, effici æquitate exhibitionis, id eſt, mente Edicti de ea propoſiti: ut quamvis nequeat actione directa ad exbibendum agi; nihilominus actio in factum, id eſt, utilis, mihi competat. pendet vero hæc æquitas ab eo; quod charta quidem, in qua eſt ſcriptum, non eſt mea, ſed eſt interim in ea ſcriptum meo nomine: & ut caſus talis non contineatur Edicti verbis; non idcirco Edicti mente excluditur. ita nec debet carere utili actione; licet non habeat directam.

Poſſit huic parti ſatisfactum videri, niſi adjuvandus adbuc eſſet Paulus in verbis ſequentibus *l.* 12. §. 3. *b. t.* *Si quis ex uvis meis muſtum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana veſtimenta, cum ſciret bæc aliena eſſe: utriuſque*

ua-

nomine ad exhibendum tenetur: quia quod ex re noſtra ſit, noſtrum eſſe verius eſt. Tu ex meis uvis feciſti mulſum, aut ex meis olivis oleum, aut ex mea lana veſtimenta. utri competit ad exhibendum actio: mihi qui materiæ dominus fui, an tibi qui feciſti mulſum, oleum, aut veſtimenta? dubitatio vertitur: utrius ſit nova ſpecies. nemo ignorat, de ea fuiſſe litem inter Proculianos & Sabinianos; his materiam, illis formam, præferentibus: ſed obtinuiſſe mediam ſententiam diſtinguentium; utrum nova ſpecies poſſit reduci ad veterem & rudem materiam; an non poſſit: & priore caſu Sabini, poſteriore Proculi, ſententiam approbantium. Hoc apparet ex Gajo *l.* 7. §. 7. *D. de adq. rer. dom.* nec minus ex Paulo noſtro *l.* 24. *&* 26. *D. eod. tit.* Sic ultro ſequitur, quid idem intenderit Paulus *d. l.* 12. §. 3. voluit nimirum, vaſe, verbi gratia, facto ex aliena argenti maſſa, eum cujus argentum fuit, eſſe vaſis dominum: quia vas poteſt conflari, & ad veterem & rudem argenti maſſam reduci: ea igitur ratione illi competere tam actionem ad exhibendum, quam rei vindicationem: at non ita eſſe; ſi quis ex uvis meis mulſum, ex olivis meis oleum, ex lana mea veſtimentum, fecerit. nam uvæ eſſe deſiere, facto mulſo, & olivæ facto oleo; nec deinde aut uvæ aut olivæ reſtitui poſſunt. ſimiliter lana veſtimento facto, non eſt lana, ſed laneum corpus: ut egregie Paulus *d. l* 24. *&* 26. Erit igitur in his actio ad exhibendum ejus qui ſpeciem fecit; ſicut vindicatio eſt ejus: modo ſpeciem fecerit ſuo nomine *d. l.* 7. §. 7. eoque etiam bona fide: ignorans, alienam eſſe materiam ex qua ſpeciem fecit. Hoc ſedit Paulo *d. l.* 12. §. 3 atque evidenter. nam ſi ſpeciem fecit, cum ſciret, hæc aliena eſſe: ait Paulus, ſpeciei dominum eſſe qui materiæ, id eſt, uvarum, olivarum, aut lanæ dominus fuit: qui vero ſpeciem fecit, hunc non eſſe ejus dominum: quia intelligitur eam feciſſe alieno nomine; ideoque domino uvarum, olivarum, & lanæ, id eſt, materiæ, ex qua factum eſt mulſum, oleum, aut veſtimentum, ad hæc exhibenda teneri; ſicut ei, poſt exhibitionem, tenebitur rei vindicatione. eum certe de improbitate ſua lucrum facere, & accipere actionem quam non habuit, non oportet.

Concludamus igitur & dicamus, oportere eum qui ad exhibendum ſit acturus, dicere, ſua propter actionem qua deinde acturus ſit, pecuniariter intereſſe, rem ſibi exhiberi. at quo tempore? Ulpianus *l.* 7. §. *ult. h. t.* Pomponium ſecutus, ait oportere ejus utroque tempore interfuiſſe, rem ei reſtitui: hoc eſt, & quo lis conteſtatur, & quo fit condemnatio. & ita Labeoni placere.

Ultra modum videar diligens: ſi ſuſtineam adhuc admonere, oportere Judicem cognoſcere, an actoris interſit. Id enim, cum facti ſit, ſcire qui poteſt, niſi cognoſcat prius. Sed abſolvit me ab ineptia Ulpianus *l.* 3. §. 9. *h. t.* obſervans, Judicem æque debere hic atque alibi cognoſcere, antequam jubeat aut vetet fieri: enimvero in præſenti ſummariam ſufficere cognitionem: plena principali judicio reſervata. Igitur non intercedit §. 13. quo minus debeat Judex, per arbitrium ſibi ex hac actione commiſſum, etiam exceptiones æſtimare, quas poſſeſſor objicit: & ſi qua tam evidens ſit, ut agentem facile repellat, debere poſſeſſorem abſolvi: ſi obſcurior, vel quæ habeat altiorem quæſtionem, differendam in directum judicium re exhiberi juſſa. imo ait Ulpianus, de quibuſdam exceptionibus omnimodo ipſum debere diſceptare, qui ad exhibendum actione judicat: veluti pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei quæ judicata eſt.

Poſtquam dixi, cui competat ad exhibendum actio; poſtulat ordo tractari, adverſus quem detur. Huc pertinent ſequentia Edicti verba quæ collegi ex *l.* 3. §. *ult. h. t.* *Adverſus eum qui eam poſſidebit, judicium dabo.* Hæc verba indicant, actionem ad exhibendum, a Prætore permitti adverſus poſſeſſorem. Atqui perſonalis eſt hæc actio *d. l.* 3. §. 3. Sed in rem ſcripta. ita datur quidem adverſus poſſeſſorem: at jure obligationis, volente Edicti æquitate: ut alibi obſervamus.

Datur igitur hæc actio adverſus poſſeſſorem: & quia indiſtincte; nihil refert, qualis ſit, qui convenitur; civilis, an naturalis. ſolum quæritur, an poſſideat; non quo modo: pari in omnibus exhibendi ratione. quid, ſi non poſſideat quis; ſed tantum teneat, & in poſſeſſione ſit? Æque hic habet exhibendi reſtituendique facultatem. igitur vel ipſe ex Prætoris mente pro poſſeſſore habetur, ob ſimilitudinem rationis; licet alioquin ejus verbis non contineatur. Hæc plenius tractata ſub Titulo, *De rei vindicatione*, & alioquin ſatis clara ex *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *pr.* §. 1. *& ſeqq.* hic non deſiderant plura. Tamen huc revocandum hoc Pauli *l.* 12. §. 1. *h. t.* *Et filiusfamilias ea actione tenetur, ſi facultatem rei exhibendæ habet.* Quod enim hic nominatim fit mentio filiifamilias, ejus ratio eſt: ut intelligatur, intereſſe inter filiumfamilias & ſervum: nam ſi ſervus quidem teneat rem domini, filius autem familias rem patris, & uterque habeat exhibendæ rei facultatem: eſt clara differentia, quod cum ſervo nulla actio eſt; ſed cum ejus domino eſt. contra poteſt filiusfamilias ex omnibus cauſſis, tanquam paterfamilias, conveniri. non tenetur igitur ſervus hac actione, licet teneat rem & habeat exhibendi facultatem; ſed filiusfamilias ob rem, quam pater poſſidet, poteſt, ſi exhibendi facultatem habet; hac actione conveniri. In municipibus quoque fuit dubitatum, an vel ipſi hac actione teneantur. extat illa quæſtio in *l.* 7. §. 3. *h. t.* ait autem

Ul-

Ulpianus; & pro ratione addit: *quia facultas eſt reſtituendi.* tum ſubjicit: *Nam & poſſidere & uſucapere eos poſſe conſtat.* Cum ait, *Nam &*; voculam, *Nam*, accipe pro, *præterea:* ut ſæpe. Rem autem confirmat *l. 2. D. de adq. poſſeſſ.* Deinde ait Ulpianus *d. l. 7. §. 3. Idem & in collegiis cæteriſque corporibus dicendum eſt.* Non ero gravis: ſi addidero præterea, quod ab eadem ratione ex contrario monet Ulpianus *d. l. 5. §. ult.* ſi quis non habeat reſtituendi facultatem, licet poſſideat, non tamen tenebitur ad exhibendum: & ponit exemplum; ſi in fuga ſervus ſit. ad hoc plane, inquit, ſolum tenebitur, ut caveat, ſe exhibiturum, ſi in poſſeſſionem ejus pervenerit: ſed & ſi non ſit in fuga, permiſeris autem ei, ubi velit, morari; idem erit dicendum, aut peregre a te miſſus ſit, aut in prædiis tuis agat, ad hoc ſolum teneberis, ut caveas. Datur igitur hæc actio adverſus poſſeſſorem qualemcumque; qui utique habeat exhibendi facultatem: nec opus moneri, adverſus eum qui non poſſideat, eam actionem non dari: quia non habet exhibendi facultatem. Si tamen poſſedit, ſed dolo malo deſierit poſſidere, etſi non poſſideat; placuit Modeſtino, eum perinde teneri hac actione, ac ſi poſſideret *l. 5. C. h. t.* videlicet, quia dolus pro poſſeſſione habetur. Idemque & Julianum jam olim exiſtimaſſe in compluribus ſpeciebus, atteſtatur Ulpianus *l. 9. h. t.* iiſque addi poteſt Pomponius *l. 14. d. t.* Sed de his omnibus accuratius ſupra ſub Tit. *De hereditatis petitione*, & Tit. *De rei vindicatione.*

Illud non ſilebo, (eſt enim conſequens ſuperioribus) quod ſi quis non poſſideat tempore litis conteſtatæ, ſed cœperit poſtea ante ſententiam poſſidere, oportet dici ex ſententia Ulpiani, debere condemnari, niſi reſtituat *l. 7. §. 4. h. t.* Contra in §. 5. inſit, ſi quis cum judicii accepti tempore poſſideret; ſed poſtea ſine dolo malo poſſidere deſierit, abſolvi eum oportere. Et mox ſic pergit: Quamvis ſit, inquit, Pomponius, quod ei imputetur, cur non ſtatim reſtituat, ſed paſſus eſt, ſecum litem conteſtari *d. l. 7. §. 5.* Eſt vero in his notandus uſus voculæ, *quamvis:* quam hic pro, *niſi*, accipi, dudum notavi *lib. ſing. Ad Leg. Aquil. c. 7.* ex conjunctione *l. 15. §. ult. D. de rei vindic.* Rurſus ſcribit Ulpianus *§. 6. d. l. 7. h. t.* ex ſententia Pomponii, Si quis litis conteſtatæ tempore poſſederit, deinde deſierit poſſidere, mox cœperit, ſive ex eadem cauſa, ſive ex alia, condemnari eum oportere, niſi reſtituat.

Indicavi, cui & adverſus quem detur hæc actio: excepto, quod de heredibus nihil dixi. De his igitur Paulus ſic ſcribit: *Heres non quaſi heres, ſed ſuo nomine hac actione uti poteſt. item heres poſſeſſoris ſuo nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an heredi & in heredem danda ſit. Plane ex dolo defuncti danda eſt in heredem hæc actio, ſi locupletior hereditas eo nomine facta ſit: veluti quod pretium rei conſecutus ſit. l. 12. §. ult. h. t.* Hic locus oſtendit, actionem ad exhibendum vel hac in parte recedere a forma perſonalium actionum quæ ſolent heredibus & adverſus heredes dari. fuit tamen juſtæ rationis, obſervari quod Paulus dixit. primum non datur heredi qua heredi; ſed ei datur proprio nomine: datur enim ei cujus intereſt, rem exhiberi propter actionem qua acturus ſit re exhibita. poteſt autem fieri; ut heredis non interſit, eam exhiberi. fac, aliquem habere actionem ad exhibendum, quia ejus intereſt exhiberi eo quo dixi modo. fac, duos relinquere heredes; uni prælegare rem ab alio poſſeſſam. poteſt hic cui prælegata eſt, agere ad exhibendum: non, quia eſt heres: ſed quia ei prælegata eſt; eoque intereſt ejus proprio nomine, rem exhiberi, propter vindicationem qua acturus ſit re exhibita. Alter heres ad exhibendum agere non poteſt: quia non intereſt ejus: qui re exhibita, non erit dominus, nec habiturus rei vindicationem. Non datur quoque hæc actio adverſus heredem tamquam heredem: cum poſſit accidere; ut heres poſſeſſoris neque poſſideat, neque fecerit dolo malo, quo minus poſſideret. quod ubi ſit: apparet, ceſſare actionem quæ tantum datur adverſus poſſeſſorem. cæterum, ſi dicatur ipſe poſſidere; jam tenebitur hac actione: at non ut heres, ſed proprio nomine, tamquam poſſeſſor. Hæc: ſi defuncti hereditas ejus dolo non ſit locupletior facta. nam ſi id ſit; ait Paulus, ex defuncti dolo etiam heredem qua heredem hac actione teneri: abſolutiſſimo jure, (ut dicitur *l. unic. C. Ex delict. defunct. in quant. hered. conven.*) ne alieno ſcelere ditetur. Eſſe vero talem caſum ait Paulus, ſi quod rei pretium conſecutus ſit. Sic Paulus *d. l. 12. §. ult.* & eſt obſervandum, quod is locus poteſt conjungi cum *l. 42. D. de rei vind.* quæ eſt ex eodem *lib. 26. Ad Edictum*, oſtenditque, ſic idem in rei vindicatione obtinere.

Reliquum eſt; ut de officio Judicis diſſeramus. De eo ſic Prætor: *Neque ea res ei arbitrio Judicis exhibeatur, quanti ea res erit, judicium dabo.* Prætoris verba volunt, rem qua de agitur, actori a poſſeſſore in hoc judicio Judicis arbitrio exhiberi. atque hinc actio hæc a Juſtiniano §. 31. *Inſt. de actionibus* arbitraria appellatur; & Ulpianus *l. 3. §. 13. h. t.* meminit arbitrii, Judici ex hac actione commiſſi. De cætero convenit officio Judicis, primum cognoſcere; an actoris pecuniariter interſit, ei rem exhiberi, propter actionem qua acturus ſit, re exhibita: & deinde, an reus poſſideat. quod ſi utrumque ei liqueat ſummatim; (ſic enim de hoc cognoſcere, eum, ſupra dictum) duplex intervenit ſententia: una interlocutoria, altera definitiva. priore jubetur poſſeſſor, actori rem exhibere;

&,

&, ſi pareat Judicis præcepto, liberatur: ſin aliter; ſequitur altera ſententia: qua jam condemnatur, quanti ea res eſt, id eſt, ad id quod actoris intereſt, eam rem ſibi exhibitam eſſe Hæc ſumma, ſed plenius explicanda: nam plures recipit quæſtiones. una erit de tempore quo res exhiberi debeat? ac vult Paulus *l.* 12. §. 5. *h. t.* eam exhiberi ſtatim: &, ſi neget reus, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur; oportere ei tempus dari: ſi caveat, ſe exhibiturum certo die. quod & obſervatum a Juſtiniano §. 3. *Inſt. de officio Judicis.* Altera quæſtio erit de modo quo oporteat rem a poſſeſſore exhiberi. Nam quod dictum, eum juberi, rem exhibere, non eſt ſimpliciter accipiendum: non enim ſufficit, rem qualiter qualiter exhiberi: ſed opus eſt, ut & res exhibeatur, & rei cauſa, id eſt, ut eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi, cum primum ad exhibendum egiſſet, res exhibita fuiſſet. Hoc in *d.* §. 3. Juſtinianus. Idem Ulpianus *d. l.* 9. §. 5. Verba Ulpiani: *Quantum ad hanc actionem attinet, Exhibere eſt in eadem cauſa, in qua fuit, cum judicium acciperetur.* quem in finem? ait: *ut quis copiam rei habens poſſit exequi, actione quam deſtinavit, in nullo caſu quam intendit læſa: quamvis non de reſtituendo, ſed de exhibendo agatur.* Sic Florentiæ editur, *in nullo caſu.* alias legitur, *in nulla cauſa.* quod probat Gulielmus Budæus V. Cl. *Annot. in Pandect. pag.* 225. nec intercedo. vult autem Ulpianus, eamdem exhiberi rem quæ eſt petita. & hoc, opinor, fit; cum idem exhibetur corpus, eadem ſubſtantia, eadem forma. quod ſi non idem corpus, non eadem ſubſtantia, non eadem forma exhibeatur: alia exhibetur res, quam petita eſt; & ideo exhibita res non putatur. pone: quod eſt exemplum *d. l.* 9. §. 3. arbiter juſſit exhiberi ſcyphum quem actor petiit ſibi exhiberi. poſſeſſor exhibet maſſam. an exhibuit ſcyphum? Aliquis: idem eſt corpus, eadem ſubſtantia. Ovidius *lib.* 15. *Metamorph.*

Utque novis fragilis ſignatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas ſervat eaſdem.
Sed tamen ipſa eadem eſt. - - -

Vere; ſi naturam ſpectemus & veritatem. at aliud ſuadent humani uſus & populares affectus. ac ſecundum hos Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. ex ſcypho maſſa facta, perinde accipit rem, ac ſi ſcyphus in aliam ſpeciem eſſet tranſlatus: præfatus, quod quamquam maſſam exhibet, tamen mutata forma, prope interempta rei ſubſtantia eſt, populari ſenſu, & ex humano uſu *l.* 13. §. 1. *D. de verb. ſignif.* ac ſimile quid ex *l.* 10. §. 5. *D. Quib. mod. uſusfr. amit.* quæ ejuſdem Ulpiani eſt, jam obſervavi *lib.* 2. *De uſufructu. c.* xi.

Quid, ſi quis eamdem exhibeat rem, ſed deteriorem? aliquis putet, cum adhuc ad exhibendum teneri: atque ita Sabinum exiſtimaſſe *d. l.* 9. §. 3. Sed Ulpianus Sabini verba reſtringit ad expoſitum modo caſum: in quo res dulo malo erat tranſlata in aliam formam: maſſa ex ſcypho facta. proinde ſi eadem manente ſpecie res deterior exhibeatur, quam tempore litis conteſtatæ fuerit, aliud jus eſſe, idem atteſtatur Ulpianus *l.* 17. *D. h. t.* cauſatus; quod, ut deteriorem rem exhibuit, tamen rem exhibuit. quia exhibere eſt, facere in publico poteſtatem, ut ei qui agat, experiundi, id eſt, vindicandi, ſit copia *l.* 2. *D. h. t.* Hanc autem facultatem habet, ea exhibita, etſi deteriore. id ſignificat hoc Ulpiani *d. l.* 17. *Et nihil impedit directam actionem talis exhibitio.* nam actio directa Ulpiano hic, pariter ut in *l.* 3. §. 13. *d. t.* eſt principalis actio, ſive rei vindicatio. ſubjicit tamen Ulpianus: Actio ex Lege Aquilia locum habere poteſt de hoc damno: quia non poteſt negari, rem eſſe ruptam, ſive corruptam. Sie eſt ex ſubtili jure: verbo *exhibendi*, quod eſt in Edicto, tantum nudam præſentiæ rei præſtationem ſignificante. at non ita eſt ex Edicti mente. teſtes Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. h. t.* Vitalianis quibuſdam hoc modo reſcribentes: *Exhibitionis neceſſitate tenetur, qui facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committit: ita ut ſi rem deteriorem exhibuit, æquitas exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non poſſit: in factum tamen actio contra eum detur.* Imperatores ajunt, ſi extet res quam exhiberi Judex interlocutione ſua juſſerit; & poſſeſſor eam culpa vel dolo fecerit deteriorem, expletum quidem eſſe Judicis præceptum, id eſt, juſſum, ſecundum verba Edicti: quia utique exhibita res eſt, ſed æquitatem exhibitionis, Edicti mente comprehenſam, perficere tamen, ut in factum actio contra eum detur. Actio in factum eſt actio utilis, ut in *l.* 3. §. 14. *h. t.* & ſæpe alias. Vidimus Edicti ſubtilitatem, etiam æquitatem ex ejus mente. adhuc quærenda eſt inventæ æquitatis ratio. Mihi hæc ſuccurrit: quod Veteres noluerunt ſtare intra proprietatem verbi, *Exhibere:* quod eſt in Edicto, & præſentis rei exhibitione finitur *l.* 22. *l. ult. D. de verb. ſignif.* ſed exemplo verbi, *reſtituere*, in Edicto de rei vindicatione ad cujus præparationem exhibitio pertinet, id verbum aliquanto plenius explicare. Igitur ut verbum, *reſtituit*, eſt juris *l. ult.* §. 1. *D. d. t.* ſic placuit, verbum, *exhibere*, ex jure hic aliquid mutuari: cum alioquin ſit facti: & quemadmodum *reſtituit* qui non ſolum corpus, ſed etiam omnem rem conditionemque reddita cauſa præſtat *d. l. ult.* §. 1. & *d. l.* 22. ita Ulpianus *l.* 9. §. 5. *h. t.* in interpretatione hujus Edicti, Quantum, inquit, ad hanc actionem attinet, Exhibere eſt, in eadem cauſa præſtare, in qua fuit, cum judicium ac-

ciperetur: pari prorſus modo quo *reſtituere* accipitur in Edicto de rei vindicatione: adeo cum actione ad exhibendum agitur, quamvis non de reſtituendo, ſed exhibendo agitur; exhibere eſt, ſic exhibere, ut quis copiam rei habens, poſſit exequi actione quam deſtinavit in nulla cauſa (ſic legendum, *cauſa*, non *caſu*, ut eſt Florentiæ) quam intendit læſa. Expoſui ſenſum Ulpiani *d. l. 9. §. 5.* atque idem applicandus Juliano *l. 42. D. Ad Legem Aquiliam:* quam enim vocat *actionem ad exhibendum* eſt *actio in factum*, quam utilem appellavi.

Nec hoc fuerit a ratione alienum, poſtquam placuit, rem in eadem exhiberi cauſa in qua fuit tempore litis conteſtatæ, ſi res uſucapta ſit inter moras exhibendi, poſſeſſorem nihilominus condemnari §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* adeo, ut Ulpianus ait, *ſi poſt litem conteſtatam, uſucaptum exhibeat, non videtur exhibuiſſe.* Quam ob rem? ait, *cum petitor intentionem ſuam perdiderit.* quid inde? ſic porro infert: *ideo abſolvi eum non oportere.* Excipit tamen: *Niſi paratus ſit repetita die intentionem ſuſcipere: ita ut fructus ſecundum Legem æſtimentur.* Sic Ulpianus *l. 9. §. 6. D. h. t.* Sed quia obſcurius, paucis illuſtrabo ſenſum. quam ille vocat, *Repetitam diem*, Budæus, *Annot. in Pandect. p. 225.* interpretatur, retrorſum petitam, ut in *l. 3. D. de fid. inſtr.* ita erit ſenſus: Niſi poſſeſſor dicat, ſe eſſe paratum, id eſt, actori promittat, ſuſcipere ejus intentionem, ſive in rem actionem, quæ alias ſequutura fuiſſet; eaque, etſi jam perempta uſucapione, ad reſtitutionem teneri ex eo die quo eſt actum ad exhibendum, perinde quaſi uſucapio nulla interveniſſet. quod ſi fiat: jam is erit exitus; ut & fructus ex repetita illa die præſtentur ſecundum legem: id eſt, ſecundum promiſſionem illa conventione factam: niſi quis malit, (quod viſum Cujacio, *lib. 9. Obſerv. c. 19.*) ſecundum *Legem* explicare ſecundum Legem Duodecim Tabularum.

Debet igitur poſſeſſor (nam revertemur eo) rem cum ſua cauſa petitori reſtituere. ſed Juſtinianus §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* ait, Judicem præterea oportere habere rationem fructuum medii temporis, id eſt, ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam interceſſerit. Similiter ait Ulpianus *d. l. 9. §. 7. h. t.* Sabinum putaviſſe, partum quoque reſtituendum: ſive prægnans fuerit mulier, ſive poſtea conceperit: eamque ſententiam & Pomponio probari. Poſſit quoque huc referri quod in *l. 2. D. de uſuris* ait Papinianus, vulgo receptum eſſe: ut quamvis in perſonam actum ſit, poſt litem tamen conteſtatam cauſa præſtetur. & porro addit, quod hujus opinionis ratio redditur, quoniam quale eſt, cum petitur, tale dari debet, ac propterea captos fructus, partumque editum reſtitui oportet.

Non ad hæc ſubſiſtit in *d. l. 9.* Ulpianus; ſed in §. *ult. præterea*, inquit, *utilitates ſi quæ amiſſæ ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, æſtimandæ a Judice ſunt.* Subjicit porro: *Et ideo Neratius ait, utilitatem actoris venire in æſtimationem, non quanti res ſit: quæ utilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res erit. Sed & ſi hereditas amiſſa ſit ob hoc, quod ſervus non exhibeatur, æquiſſimum eſt æſtimari officio judicis damnum hereditatis l. 11. h. t.* Nec hæc pars negligenda fuit interpretanti Edicti mentem. nam Ulpianus, ut mihi videtur, indicat hiſce verbis, ad quid actio ad exhibendum a Prætore detur; ſi non ſit a poſſeſſore paritum Judicis arbitrio. Dixit forte Prætor, ut poſui in formula Edicti, *Quanti ea res erit, judicium dabo.* Sed Ulpianus, animadverſa Prætoris æquitate, quam in ſuperioribus attigi, non videtur ea verba ſua æſtimaſſe proprietate; ſed perinde accepiſſe, quaſi dixiſſet Prætor, quanti actoris interſit: ſic enim condemnationem fieri, indicat Imperator §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* Datur igitur actio ad exhibendum, non ad ſolius corporis, reive, æſtimationem quam formula, Quanti res eſt proprie deſignat *l. 193. D. de verb. ſignif.* ſed ad omne quod actori abſit, quodque lucrari potuiſſet; ſi res exhibita fuiſſet: hoc enim verbo, id quod intereſt, continetur *l. 13. D. Ratam rem hab.* eoque modo etiam formulam, Quanti res eſt, alibi Veteres explicuerunt. Convenit certe ex ſententia Neratii quam Ulpianus refert *d. §. ult.* talis explicatio officio viri boni: arbitraturi, quid æquum ſit obſervari; ne actor, ob contumaciam aut culpam poſſeſſoris, non parentis præcepto Judicis, vel damno afficiatur, vel lucro careat. Cæterum nec hoc male Neratius, ut idem refert Ulpianus: quod cum actoris utilitas venit in hanc actionem; non quanti res eſt: ea utilitas interdum minoris erit, quam res erit.

Reliquum eſt, ut videamus quo modo æſtimationem fieri oporteat. fit autem, aliquando ab actore, aliquando a Judice: ab actore quidem, ſi poſſeſſoris dolus aut contumacia accuſetur, jurejurando in litem fit ex affectione etiam in infinitum *l. 3. §. 2. h. t.* a Judice vero, ſi tantum poſſeſſoris culpa ſit: & tum non ex affectione fit in infinitum; ſed ex rei veritate *l. 4. §. ult. l. 5. pr. & §. 3. D. de in litem jurando.* Hoc nunc obiter: ſed ex profeſſo tractabitur infra ſub Titulo, *De in litem jurando.*

Hactenus conſuluit Judex utilitati actoris, probata ejus intentione. Porro addam, quod nec poſſeſſorem negligere eum oportet. nam ſi non paret quod intendit actor; æquum eſt, poſſeſſorem abſolvi. imo, ſi paret; adhuc debet habere rationem exceptionum quas ille allegat: eo modo quem ex *l. 3. §. 13.* ſupra tradidi.

In

In hac parte etiam de loco quo exhibitio fiat, arbitrari debet: item cujus ſumptibus; nec minus ad curam ejus pertinebit, ut poſſeſſor, re exhibita, etiam alias indemnis ſit.

Sed de his omnibus quia plene & clare Ulpianus *l.* 11. §. 1. & *l.* 5. §. 3. & 4. licebit mihi ab hoc Titulo recedere.

LIBER UNDECIMUS.

TITULUS I.

De interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.

IN hoc libro ne quæras certi ordinis ſubtilitatem. id licuit facere in ſuperioribus: ſed in præſente non licet. magis puta, in eo quaſi per ſaturam tradi aliqua, ad præcedentium ſupplementum pertinentia. Quod dico, in toto liquebit libro. certe non eſt obſcurum in hac Rubrica, fere, ut mihi viſum, a Titulo De judiciis pendente.

Extat illa Florentiæ hac forma, *De interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.* Apud Haloandrum eſt, *& interrogatoriis actionibus ſublatis.* Et favere huic ſcripturæ aliquatenus poſſit Calliſtratus *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Sed jam obſervatum eſt a Viris Doctis, totum illum locum magis Triboniani, quam Calliſtrati, eſſe: omnibus hujus Tituli Fragmentis Triboniani manum clare arguentibus. Edictum videtur tale fuiſſe. *Qui in jure interrogatus reſponderit, qua ex parte heres bonorumve poſſeſſor ſit, adverſus eum ex ſua reſponſione actionem dabo.* Verba, *Qui in jure interrogatus reſponderit*, extant in *l.* 4 §. *ult. D. h. t.* Illa, *Qua ex parte heres, bonorumve poſſeſſor ſit*, licet colligere ex *l.* 1. 2. 3. & 4. Cætera totus exhibet Titulus. Ratio Edicti in *l.* 2. ex Ulpiano hæc proponitur: Edictum de interrogationibus ideo Prætor propoſuit, quia ſciebat difficile eſſe ei qui heredem bonorumve poſſeſſorem convenit, probare aliquem eſſe heredem bonorumve poſſeſſorem. quam ob rem? in *l.* 3. ſubjicitur ex Paulo; quia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis eſt: quid tum? idcirco (ſic ſequitur in *l.* 4. rurſus ex Ulpiano) voluit Prætor adſtringere eum qui convenitur, ex ſua in judicio reſponſione, ut vel confitendo vel mentiendo ſeſe oneret: ſimul etiam portionis, pro qua quiſque heres extitit, ex interrogatione certioretur. Nec alio pergit hoc Calliſtrati. *l.* 1. *h. t.* Totiens heres in jure interrogandus eſt, qua ex parte heres ſit, quotiens adverſus eum actio inſtituitur, & dubitat actor, qua ex parte is cum quo agere velit, heres ſit. Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, cum in perſonam ſit actio, & ita ſi certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adverſarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni ſentiat. Finis hujus loci eſt interpolatus. procul dubio ſcripſit Calliſtratus, *Interdum plus petendo damnum ſentiat.* nam plus petens jure Pandectarum cauſa cadebat, & totam litem amittebat. quod tempore Juſtiniani mutatum fuiſſe, conſtat ex §. 33. *Inſt. de action.* & §. *pen. Inſt. de except.* Sed hoc curioſe obſervat J. Ræv ardus *lib.* 3. *var. c.* 14.

Nunc Edictum videamus. Quod ait Prætor, *Qui in jure interrogatus reſpondit*, (ut Ulpiano *l.* 4. §. *ult. h. t.* videtur) ſic accipiendum eſt, apud Magiſtratus populi Romani, vel Præſides provinciarum, vel alios Judices. qua ratione? præfatur Ulpianus, jus eum ſolum locum eſſe, ubi juris dicendi vel judicandi gratia conſiſtat, vel ſi domi vel itinere hoc agat. Ulpianus Magiſtratus populi Romani vocat Magiſtratus Urbanos, eoſque diſtinguit a Præſidibus provinciarum: quia illi proprie non ſunt Magiſtratus, ſed pro Magiſtratu funguntur: magiſque poteſtates appellantur: ut alibi monui. per alios vero Judices Ulpianus minores Magiſtratus, ut municipales, intelligit. nam & hi juriſdictionem habent, & Judices appellantur. Judices certe a Prætore dati huc non pertinent: quia apud illos non formatur actio, ſed formata a Prætore exercetur. Nec obſtat *l.* 21. *D. h. t.* in qua ait Ulpianus: *Ubicumque Judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem, dubium non eſt.* Nam alio ſpectat Ulpianus, quam in *d. l.* 4. §. *ult.* hic enim ait, quod actori ad formandam actionem prodeſt, quidquid reus in jure apud Prætorem aliumve Magiſtratum ante litem conteſtatam ab actore rogatus reſponderit. illic vero ſignificat, quod reus in judicio poſt litem conteſtatam apud Judicem actori interroganti reſponderit, id actori apud Judicem prodeſſe ad probationem jam formatæ actionis.

Ait, *Interrogatus.* Imo, ſi ſine interrogatione quis reſponderit ſe heredem, placet Ulpiano, eum pro interrogato haberi *l.* 9. *D. h. t.* Interrogatum autem, inquit, non ſolum a Prætore accipere debemus, ſed & ab adverſario *d. l.* 9. §. 1. id eſt, ab eo a quo convenitur. quod ſi ab alio ſit interrogatus, alii non prodeſt *l. ult. h. t.* Similiter alius pro alio non debet reſpondere cogi, an heres

ſit:

ſit: contra debet quis de ſe in judicio interrogari, hoc eſt, cum ipſe convenitur *d. l.* 9. §. 3. Idem dicendum, ſi ſervus interroget, aut interrogetur: cum enim ſervus non habeat legitimam perſonam ſtandi in judicio: nulla eſt interrogatio a ſervo facta *d. l.* 9. §. 2. quia nec cum ſervo eſt jure civili actio *l.* 107. *D. de reg. jur.*

Deinde ait Prætor, *Reſponderit, qua ex parte heres bonorumve poſſeſſor ſit.* Tantum locutus Prætor eſt de herede & bonorum poſſeſſore: non etiam de aliis. Nempe erat hæc Edicti cauſa; quod nominibus Lege Duodecim Tabularum inter heredes pro portionibus hereditariis ipſo jure diviſis, erat creditori, heredem convenire volenti, cavendum; ne plus peteret, quam ei Lege Duodecim Tabularum permitteretur: alioquin cauſa caſurus, id eſt, rem amiſſurus. porrecta tamen Edicti ſententia eſt etiam ad alia: in quibus eadem erat æquitas, etſi verba deficerent. Exempla occurrunt *l.* 7. 8. 9. §. *ult. l.* 10. 11. *h. t.*

Porro ait Prætor: *Adverſus eum ex ſua reſponſione judicium dabo.* Hæc actio in Rubrica & *l.* 22. *h. t.* vocatur interrogatoria, quia ex interrogatione & reſponſione formatur: pari modo quo actio reſciſſoria dicitur quæ reſciſſa uſucapione promittitur *l.* 28. §. 5. *D. Quib. ex cauſ. major.* & conſtitutoria quæ ex conſtituto venit *l.* 20. *D. de conſtit. pecun.* & confeſſoria quæ datur ex confeſſione *l.* 25. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* Id vidit Vir Cl. Franciſcus Duarenus *lib.* 1. *Diſp. anniv. c.* 43. & poſt etiam alii annotarunt. Æque ſciri oportet, actionem interrogatoriam non eſſe actionem novam; ſed prioris actionis in judicium deductæ qualitatem adjectitiam. ita, ſi reus ex mutuo obligatus, de mutuo interrogatus reſponderit: dabitur adverſus eum actio interrogatoria ex mutuo: ſimiliter ſi quis in jure interrogatus, an quadrupes quæ pauperiem fecerit, ejus ſit; reſponderit, eſſe: tenebitur actione interrogatoria Si quadrupes; & ſimiliter in aliis. Apparet igitur, actionem interrogatoriam a Prætore adverſus interrogatum dari ex ejus reſponſione: eoque ab Ulpiano *l.* 11. §. 9. *h. t.* recte dici, eum qui interrogatus reſpondit, ſic teneri, quaſi ex contractu obligatus eſſet. pro quo pulſabitur, dum ab adverſario interrogatur. nec minus vere addi, ſi a Prætore fuerit interrogatus, nihil facere Prætoris auctoritatem, ſed ipſius reſponſum, ſive mendacium. Ita nec refert, utrum vere, an falſo, reſponderit. quemadmodum enim iniquum eſt, vel falſum reſpondenti fidem contra ſe haberi *d. l.* 11. §. 1. & 2? maxime, ſi tales ſint falſæ reſponſiones, ut & jus & naturam recipiant *l.* 14. §. 1. *l.* 13. *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* Igitur & ſi plus reſponderit, propter mendacium tenetur. quid, ſi minus reſponderit? hanc feret mendacii pœnam; ut in ſolidum conveniatur: dum ſe minoris portionis heredem adſeverat *d. l.* 11. §. 3. Ex cauſa tamen ei qui interrogatus reſpondit, ſuccurri, non dubitamus. & ſunt exempla egregia *d. l.* 11. §. 3. 8. & 10. *cum ſeqq.*

Alterum Edicti caput ita reſtitui poteſt. *Adverſus eum qui omnino non reſponderit, in ſolidum actionem dabo.* Hoc caput collegi ex *l.* 11. §. 4. *h. t.* ubi ſic ſcribit Ulpianus: Qui tacuit quoque (delendam eſſe vocem, *quoque*, bene putat Elbertus Leoninus V. Cl. *lib.* 3. *Emend. c.* 19.) apud Prætorem, in ea cauſa eſt, ut inſtituta actione in ſolidum conveniatur, quaſi negavit ſe heredem eſſe. nam qui omnino non reſpondit, contumax eſt: contumaciæ autem hanc pœnam ferre debet, ut in ſolidum conveniatur, quemadmodum ſi negaſſet: quia Prætorem contemnere videtur. Non ſubſiſtit ad hæc Ulpianus: præterea obſervat *d. l.* 11. §. 5. poſteriores hoc excepiſſe non modo de eo qui tacet; ſed de illo quoque, qui ad interrogatum non reſpondit; id eſt, ἀπ' ἔπος. veriſſime: nam reſpondere (ut Varro ait *lib.* 5. *De Ling. Latin.*) eſt, ſpondere ad voluntatem rogantis. itaque, addit Varro, qui ad id quod rogatur, non dicit, non reſpondet. Plane Ulpianus *l.* 6. §. 1. *h. t.* interdum, inquit, interrogatus quis non cogitur reſpondere. Et hoc ponit exemplum: ut puta, ſi controverſiam hereditatis ab alio patiatur. & ita D. Hadrianus conſtituit: ne aut negando ſe heredem, præjudicet ſibi; aut dicendo heredem, illigetur etiam ablata ſibi hereditate. Idem ſuadet æquitas, ſi ille qui interrogatur, an heres vel quota ex parte ſit, vel an in poteſtate habeat eum cujus nomine noxali judicio agitur, petat ad deliberandum tempus: quia ſi perperam confeſſus fuerit, incommodo adficitur *l.* 5. *D. h. t.* certe ſicut defunctorum intereſt, ut habeant ſucceſſores, ita intereſt & viventium, ne præcipitentur, quamdiu juſte deliberant *l.* 6. *d. t.*

TITULUS II.

De quibus rebus ad eumdem Judicem eatur.

Sicut ſuperior Titulus, ita hic, pendet a Titulo, De judiciis, poteſt autem uſum accipere a Titulis, Finium regundorum, Familiæ erciſcundæ, & Communi Dividundo. nec minus poſſunt huc referri caſus alii: in quibus æque ſit cauſa inhibendi litium multiplicationem: volente Prætoris officio, quoties habeat occaſionem, lites minuere potius, quam augere: eoque curare; ne per plures Judices fiat quod per unum poſſit uno judicio

cio expediri. id notavit olim Quintilianus, *lib.* 3. *Inſt. Orat. c.* 10. verbis ſequentibus: *Privata quoque judicia ſæpe unum Judicem habere multis & diverſis formulis ſolent: nec aliæ ſpecies erunt, etiam ſi unus a duobus dumtaxat eandem rem atque ex eadem cauſa petet, aut duo ab uno aut plures a pluribus. quod accidere in hereditariis litibus interim ſcimus: quia quamvis in multis perſonis, cauſa tamen una eſt, niſi ſi conditio perſonarum cauſas variaverit.* Similiter monet Pomponius *l.* 1. *h. t.* ſi inter plures familiæ erciſcundæ agetur, & inter eoſdem communi dividundo aut finium regundorum, eumdem Judicem ſumendum. Præterea ait, quo facilius coire coheredes vel ſocii poſſint, in eumdem locum omnium præſentiam fieri oportere. Nec alio conſilio ſcribit Papinianus *l.* 2. *d. t.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod cæteri non ſint idonei, convenitur, poſtulante eo, omnes ad eumdem Judicem mitti: & hoc Reſcriptis Principum contineri. Similis ſpecies apud Gajum *l.* 9. *D. de liberali cauſa.* ſed quia prolixior ejus tractatus: ſufficit, indicaſſe locum. Eſt & illud notabile: quod in *l.* 10. *C. de judiciis* ita ſcribit Conſtantinus: Nulli prorſus audientia præbeatur qui cauſæ continentiam dividet, & ex beneficii prærogativa id quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diverſos Judices voluerit ventilare: pœna ex officio Judicis imminente ei; qui contra hanc ſupplicaverit ſanctionem, atque alium ſuper poſſeſſione, alium ſuper principali quæſtione, Judicem poſtulaverit. Non videtur quoque ab hoc loco alienum quod de conventione & reconventione (Gajus *l.* 11. §. 1. *D. de juriſdict.* mutuas vocat actiones) in hunc modum ſcribit Paulus *l.* 22. *D. de judic.* Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, ſi ipſe ibi agat, cogitur excipere actionem & ad eumdem Judicem mitti. Utilitatem hujus rei aliquam indicavi ſupra ſub Titulo *De procuratoribus.* addam in præſentia effectum alium, atque egregium. is effectus eſt, quod conventio & reconventio, eodem judicio finitur. ſpectat huc *l.* 14. & *authentic. ſequens C. de ſentent. & interloc.* & poteſt ad hanc conſuli V. CL. Antonius Faber *lib.* 20. *Conject. c.* 5. & 6.

TITULUS III.

De ſervo corrupto.

Cauſa exponendæ hoc loco actionis de ſervo corrupto eſt; ut cedat pro ſupplemento Legis Aquiliæ. Dicitur vero hic corruptus ſervus: cum ejus animus eſt corruptus. id intelligitur ex *l.* 14. §. 1. & *l.* 15. *h. t.* Nec diſſimilis eſt ejus verbi uſus apud Suetonium, *Othone c.* 3. ubi Otho dicitur corrupiſſe uxorem ſuam: pro uxoris ſuæ animum a Nerone eam amante, alienaſſe: quod ad eum locum obſervavit Torrentius. Verba Edicti, de actione ſervi corrupti in *l.* 1. *D. h. t.* ab Ulpiano talia adferuntur: *Qui ſervum ſervam, alienum, alienam, recepiſſe, perſuaſiſſeve quid ei dicetur dolo malo quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* Prima erit inſpectio, quando locum habeat hæc actio. apparet autem, promitti a Prætore, ſi quis animum alieni ſervi, aut alienæ ſervæ corrupiſſe dicatur eum recipiendo, aut ei quid perſuadendo dolo malo, quo eum deteriorem faceret. Loquitur igitur Prætor de corrupto ſervo aut ſerva. Quid, ſi corruptus dicatur filiusfamilias aut filiafamilias? quatenus attinet ad verba; ceſſat hæc actio: quia (ut Paulus ait *l.* 14. §. 1. *h. t.*) ſervi corrupti conſtituta eſt actio: id eſt, quia Prætor non dixit, Qui filiumfamilias, filiamfamilias, alienum, alienam; ſed qui ſervum, ſervam, alienum, alienam. Et fuit Prætori ratio: quam allegat Paulus *d.* §. 1. quod is in patrimonio noſtro eſſet, & pauperiorem ſe factum eſſe dominus probare poteſt, dignitate & fama domus integra manente. Si tamen pater, corrupto filio aut filia, ſuſtineat agere, neglecta domus fama & dignitate: non intercedit Paulus, quo minus ceſſante actione directa ex Edicti verbis, adhuc utili experiatur ex ejus ſententia. Et movet Paulum ſequens ratio: Quoniam intereſt noſtra animum liberorum noſtrorum non corrumpi; idque officio Judicis æſtimari. Sed quo modo? Lubet adſcribere ex Græcis, *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 6. *tom.* 7. *p.* 203. *lit. U.* Scholio *ad h. loc.* quod ſequitur. *Quale id quod intereſt hinc fingi poteſt? pone morientem quendam filios meos heredes inſtituiſſe ſub conditione, ſi bonis moribus præditi & patri morigeri fuerint, & hos quendam corrupiſſe & contumaces reddidiſſe: atque ita conditionem defeciſſe. aget ergo pater utili actione adverſus corruptorem, & conſequetur æſtimationem uſusfructus hereditatis quem ſibi quæſiiſſent filii, ſi heredes extitiſſent.* Sic Scholiaſtes Græcus: etſi non male; tamen magis ex uſu temporis poſterioris, quam Pauli: cui cognitum non fuit peculium adventitium.

Igitur loquitur Prætor de ſervo & ſerva. Nec fruſtra addit, *Alienum, alienam.* Nam intereſt domini, ne ab alio corrumpatur ejus ſervus aut ſerva. at ſi ipſe ſuum ſervum, ſuamve ſervam, corrumpat: non intereſt alterius, id non fieri. quid ſi nec dolo malo feciſſe dicitur dominus: rei ſuæ etiam in abutendo moderator & arbiter *l.* 21. *C. Mandati?* jure igitur egit; nec tenetur hac actione. Idem di-

dicendum eſt: ſi quis corruperit ſervum a ſe bona fide poſſeſſum. nam & hic, etſi non ſit dominus, pro domino habetur: eoque nec videtur agere dolo malo, corrumpens ſervum quem putat eſſe ſuum. Hæc mea ratio. alia Ulpiani *l.* 1. §. 1. *h. t.* ſi vera eſt hæc ſcriptura: *Qui bona fide ſervum emit, hoc Edicto non tenebitur: quia nec ipſe poterit ſervi corrupti agere: quia nihil ejus intereſt ſervum non corrumpi.* Sed mihi ſuſpecta eſt: ſcribo, *Qui bona fide ſervum emit, hoc Edicto non tenebitur, nec ipſe poterit ſervi corrupti agere.* Juvant Græci *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 6. *tom.* 7. *pag.* 184. ita reddentes, Frabroto interprete: *Qui bona fide emit, neque conveniri poteſt ſervi corrupti.* Plura paulo poſt. Sit nunc ſimilis dubitatio de hereditario ſervo, ſi ab aliquo ſit, jacente hereditate, corruptus. Vix enim poteſt dici alienus non habens dominum. jam cujus intereſt, non corrumpi eum qui ſit nullius. datur vero hæc actio ei cujus intereſt. Ait tamen Ulpianus *l.* 13. §. 1. *h. t.* ſi quis ſervum hereditarium corruperit, hac actione teneri eum. nempe, quia jacens hereditas interim fingitur domina. præterea poteſt illi noceri quaſi dominæ, recipiendo ejus ſervum, aut ei perſuadendo quid dolo malo. addit Ulpianus, eum qui ſervum hereditarium corruperit, inſuper hereditatis petitione teneri quaſi prædonem: opinor, poſitis terminis, petitioni hereditatis convenientibus. ſubjicitur in *l.* 14. tantum venire in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem. Obtinet igitur ſervi corrupti actio, corrupto ſervo alieno. De communi videamus. ecce: aliquis corrupit ſervum meum & ſuum. ait Ulpianus *l.* 9. *h. t.* apud Julianum quæri, an hac actione teneri poſſit? facit dubitationem: quod eſt pro parte ejus. ſed eſt quoque pro parte meus. quid Ulpianus? Julianum putare, eum teneri ſocio. *Socio*, inquam: quomodo Florentiæ legitur; licet alias edatur, *pro ſocio.* poterit igitur ſocius cum ſocio agere eo nomine, quod deteriorem fecit communem ſervum: quemadmodum illi licet agere cum quolibet qui rem communem deteriorem fecit *l.* 10. *D. de noxal. act.* Eſt id præſertim verum; ſi ſocius corrupit ſervum. quid, ſi recipit? videtur dubitaſſe Julianus. ſed Ulpianus putat, ſi celandi animo ſuſcepit, poſſe defendi eum teneri *d. l.* 9.

Deinde ait Prætor: *Recepiſſe perſuaſiſſeve quid ei dicetur dolo malo, quo eum deteriorem faceret.* Hiſce verbis indicat Prætor duplicem formam corrumpendi ſervi: una eſt ſervi receptio, altera perſuaſio. de utraque ſic Ulpianus *l.* 1. §. 2. *Quod autem Prætor* ait, Recepiſſe, *ita accipimus; ſi ſuſceperit ſervum alienum ad ſe: & eſt proprie Recipere, refugium abſcondendi cauſa ſervis præſtare vel in ſuo agro vel in alieno loco ædificiove.* Hactenus recte Ulpianus: ſed quod in §. 3. porro ſubjicit, caret ſenſu. Verba Ulpiani: *Perſuadere autem eſt plus, quam compelli, atque cogi ſibi parere.* Corrigo & ſcribo: *Perſuadere autem eſt, plus quam ſuadere: perſuadere enim eſt, compellere atque cogere ſibi pareri.* Nempe præpoſitio, *Per*, adjecta verbo, *Suadere*, auget ejus ſignificationem. Apulejus *lib.* IX. *Metamorph. p.* 176. *Uxorem ejus tacito ſuaſi, ac denique perſuaſi.* Item *Apologia, p.* 321. *Suaſi uxori meæ, cujus, ut iſti ajunt, jam univerſas opeis transvoraram; ſuaſi, inquam, ac denique perſuaſi.* Simile etiam in verbis aliis obſervare licet. Ulpianus ſic *perfeciſſe*, inquit, *ædificium is videtur, qui ita conſummavit, ut jam in uſu eſſe poſſit l.* 139. §. 1. *D. de verb. ſign.* Ita reum agere, apud Ovidium *lib.* 1. *Amor. Eleg.* 7. *verſ.* 22. eſt, reum accuſare. reum peragere Ulpiano *l.* 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* eſt reum condemnare. Erit igitur in *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* nam eo redeo, aptus Ulpiani ſenſus: ſi legamus: *Perſuadere autem plus eſt, quam ſuadere. perſuadere enim eſſe, compellere, atque cogere ſibi parere.* Pergit in *d.* §. 3. Ulpianus. *Sed perſuadere τ͂ μέσων ἐςιν, id eſt, ex mediis verbis. nam & bonum conſilium quis dando poteſt ſuadere & malum: & ideo Prætor adjecit, Dolo malo, quo eum deteriorem faceret: neque enim delinquit, niſi qui tale aliquid ſervo perſuadet, ex quo eum faciat deteriorem. Qui igitur ſervum ſollicitat ad aliquid faciendum vel cogitandum* (id eſt, tentandum, ſive conandum: quomodo *cogitationem* in *l.* 18. *D. de pœnis* accipi, oſtendi ſupra ſub Titulo, *Quod quiſque juris in alter. ſtat.*) *improbe, hic videtur hoc Edicto notari.* Perſuaſit enim ſervo dolo malo, quo eum deteriorem faceret. Et ſunt exempla *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *& l.* 15. *h. t.* ſatis certa & clara: non opus explicatione. Hoc quæri poſſit, utrum ita teneatur demum corruptor, ſi bonæ frugi ſervum perpulit ad delinquendum, an vero & ſi malum hortatus, vel malo monſtravit, quemadmodum faceret? Sed verius putat Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *h. t.* etiamſi malo monſtravit, in quem modum delinqueret, teneri eum. imo, inquit, & ſi erat ſervus omnimodo fugiturus vel furtum facturus, hic vero laudator hujus propoſiti extitit, tenetur. & præfatur Ulpianus: Non enim oportet laudando augeri malitiam. ſive ergo bonum ſervum fecerit malum, ſive malum fecerit deteriorem, videtur Ulpiano corrupiſſe.

Porro ait Prætor, *Dolo malo.* Hoc adjecto, Prætor notat calliditatem ejus qui perſuadet. cæterum ſi quis ſine dolo deteriorem fecerit, non notatur: ut, ſi luſus gratia fecerit unde quæritur, ſi quis ſervo alieno ſuaſerit, in tectum adſcendere, vel in puteum deſcendere, & ille parens adſcenderit, vel deſcenderit, & ceciderit, cruſque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et ſi quidem ſine dolo malo fecerit, ait Ulpianus

nus, non teneri eum: ſi dolo malo, teneri *d. l.* 3. §. 1. Sed Paulus *l.* 2. *h. t.* putat, commodius utili Lege Aquilia, id eſt, utili Legis Aquiliæ actione, experiri; ut videtur Græcis, quia in ea ſufficit, eſſe factum injuria, id eſt, culpa vel leviſſima; etſi non probetur dolus. Deſiderat igitur Prætor, perſuaſionem fieri dolo malo. Sed Ulpianus *l.* 5. *h. t.* Doli; inquit, verbum etiam ad eum qui recepit, referendum eſt: ut non alius teneatur, niſi qui dolo malo fecerit. cæterum ſi quis, ut domino cuſtodiret, recepit, vel humanitate, vel miſericordia, ductus, vel adprobata & juſta ratione, non tenebitur. Tenetur igitur hac actione qui dolo malo quid perſuaſerit ſervo, quem ſciebat eſſe talem. quid, ſi liberum putabat? Ulpiano *d. l.* 5. §. 1. videtur teneri eum oportere: addita hac ratione: Majus enim delinquit qui liberum putans corrupit: & ideo, ſi ſervus fuerit, tenebitur.

Intellecto, quando obtineat ſervi corrupti actio; ſupervacuum fuerit quæri, adverſus quem detur. apparet enim dari adverſus eum qui alienum ſervum, alienamve ſervam, eo quo dixi, modo dolo malo corrupit. Saltem de herede ejus quæri poſſet: idcirco quod heres defunctum repræſentat. Sed heredem abſolvit Ulpianus *l.* 13. *D. h. t.* quo jure? quia hæc actio eſt pœnalis: utique ex parte rei. tales autem adverſus heredes, niſi quatenus pervenit, non dantur.

Sequens locus erit, cui detur actio ſervi corrupti? & puto, dari domino: cujus intereſt, ſervum non corrumpi: ſive in ſolidum ſit dominus, ſive habeat ſervum cum alio communem. nam vel hunc agere actione ſervi corrupti, ſupra traditum ex *l.* 9. *D. h. t.* De eo nemo dubitet, quin domini appellatione etiam heres contineatur *l.* 13. *l.* 8. *h. t.* quia dominum repræſentat. Atqui pœnalis eſt hæc actio. Sed hoc ad rem non pertinet: certo, quod pœnales actiones heredibus dantur, etſi non dentur adverſus heredes.

Datur igitur hæc actio domino. at cui? ait Ulpianus *l.* 5. §. *ult. h. t.* hanc actionem referri ad tempus ſervi corrupti vel recepti. eo vero ſignificatur, quod hæc actio competit ei qui erat dominus eo tempore quo corrupti ſunt ſervi mores: non huic qui ſit dominus quo tempore agitur: & ideo, inquit, & ſi deceſſerit ſervus, vel alienatus ſit vel manumiſſus; nihilominus locum habebit actio: quia enim non ſpectatur tempus quo agitur; ſed quo corruptus eſt ſervus: eoque demum illatum mihi eſt damnum; licet nunc manumiſſo ſervo agens nihil damni ſentiam, tamen recte ago: quia præteritæ utilitatis æſtimatio in hoc judicium deducitur *l.* 6. *h. t.* fuiſſe hoc vel eo admonendum, ait Ulpianus *l.* 7. quia & mali ſervi forſitan conſequuntur libertatem; & poſterior cauſa tribuit manumiſſionis juſtam rationem. Ab eodem fonte eſt; (ut ex conjunctione *d. l.* 6. cum *l.* 8. *h. t.* intelligitur) quod & heres ejus cujus ſervus corruptus eſt, hanc actionem habet: non ſolum, ſi manſerit in hereditate ſervus, ſed & ſi exierit forte legatus.

Cæterum, ut actio ſervi corrupti ejus domino datur certo jure: ſic an bonæ fidei poſſeſſori detur, eſt notabilis dubitatio; propter ſequentia Ulpiani verba ex *l.* 1. §. 1. *h. t.* *Qui bona fide ſervum emit, hoc Edicto non tenebitur: quia nec ipſe poterit ſervi corrupti agere: quia nihil ejus intereſt ſervum non corrumpi: & ſane ſi quis hoc admiſerit, eveniet, ut duobus actio ſervi corrupti competat. quod eſt abſurdum. Sed nec eum cui bona fide homo liber ſervit, hanc actionem poſſe exercere opinamur.* Primum verſum ſic in anteceſſum reſtitui: *Qui bona fide ſervum emit, hoc Edicto non tenebitur. nec ipſe poterit ſervi corrupti agere.* Liquet, bonæ fidei poſſeſſorem, ſi ipſe corrupit ſervum quem bona fide emit, ex ſententia Ulpiani non teneri actione ſervi corrupti: ſicut ea non tenetur dominus, corrupto a ſe ſervo proprio: quia bonæ fidei poſſeſſor, quamdiu dominus ignoratur, pro domino habetur. Eodem modo erat dicendum, bonæ fidei poſſeſſorem poſſe agere ſervi corrupti, ſi ſervus bona fide emptus, ab alio corruptus ſit: quia poteſt dominus, corrupto ſervo, experiri actione ſervi corrupti: eo quod bonæ fidei poſſeſſor, quamdiu dominus ignoratur, pro domino habetur: ejuſque tam intereſt, ſervum bona fide emptum non corrumpi, quam domini intereſt, non corrumpi ſuum. At Ulpianus. *d. l.* 1. §. 1. contra ſic ſcribit: *Nec ipſe poterit ſervi corrupti agere: quia nihil ejus intereſt, ſervum non corrumpi.* Vides igitur tenebras; & has ſequente augeri verſu: *Et ſane ſi quis hoc admiſerit, eveniet, ut duobus actio ſervi corrupti competat. quod eſt abſurdum.* Quæris lucem? nemo dat, quantum memini. ipſe quoque an idoneam ſim daturus, neſcio. faciam tamen, quam potero. Si putetur Ulpianus velle, numquam intereſſe bonæ fidei poſſeſſoris, non corrumpi ſervum quem bona fide emit, ideoque eum numquam agere ſervi corrupti, & abſurda & falſa eſt Ulpiani ſententia. quod ſi ſic exaudiatur, quaſi velit, bonæ fidei poſſeſſorem non agere ſervi corrupti, ubi non intereſt ejus, ad veriſimile accedet ejus diſputatio. porro bonæ fidei poſſeſſoris plerumque intereſſe, non corrumpi ſervum, vix negari poteſt, propter bonam fidem, propter quam inſtar domini habetur. hoc igitur caſu non aget actione ſervi corrupti directa, quia non eſt ſervi dominus, at aget actione utili, quia pro domino habetur: exemplo ejus quod in actione Legis Aquiliæ quæ item domino datur *l.* 11. §. 6. *D. Ad Leg. Aquil.* de eo obſervatur *l.* 11. §. 8. & *l.* 17. *D. d. t.* Me præterea movet, quod corrupto fructuario ſervo, fructuario competit utilis actio ſervi

cor-

corrupti, ſicut damno injuria dato, fructuario permittitur utilis Legis Aquiliæ actio *d. l.* 11. §. 10. Detur ergo & bonæ fidei poſſeſſori eodem modo utilis ſervi corrupti actio. Aliquis dicat, hanc interpretationem refelli *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* utique non convenire proprietati vocis, *Quia*, paſſim cauſam indigitantis. Sed videamus; ne hic poſſit accipi pro *ubi*; & indicium aut effectum ſignificare. fateor: dura eſt hæc interpretatio: Sed ego duram malim, quam falſam. quid, ſi aliquam meæ auctoritatem addat Auguſtinus, *lib.* XI. *De civitate Dei c.* 14. vocem, *Quia*, ſimili modo accipiens in aliquibus Sacræ Scripturæ locis, præter uſitatam formam. verba Auguſtini hæc ſunt. *Subjecit autem indicium, quaſi quæſiſſemus unde oſtendatur, quod in veritate non ſteterit, atque ait:* Quia non eſt veritas in eo. *Eſſet autem in eo, ſi in illa ſtetiſſet. Locutione autem dictum eſt minus uſitatà. Sic enim videtur ſonare:* In veritate non ſtetit, quia non eſt veritas in eo, *tanquam ea ſit cauſa, ut in veritate non ſteterit, quod in eo veritas non ſit: cùm potius ea ſit cauſa, ut in eo veritas non ſit, quod in veritate non ſtetit. Sed iſta locutio eſt & in Pſalmo, ut ait:* Ego clamavi: quoniam exaudiſti me Deus: *cum dicendum fuiſſe videatur:* Exaudiſti me Deus, quoniam clamavi. *Sed cum dixiſſet, Ego clamavi: tanquam ab eo quæreretur, unde ſe clamaſſe monſtraret, ab effectu exauditionis Dei clamoris ſui oſtendit affectum, tanquam diceret: Hinc oſtendo clamaſſe me, quoniam exaudiſti me.* Ab Auguſtino petamus exemplum illuſtrandi hæc Ulpiani verba: *Nec ipſe poterit ſervi corrupti agere: quia nihil ejus intereſt, ſervum non corrumpi.* Ulpianus vult, ſi quæratur, an bonæ fidei poſſeſſor, corrupto ſervo quem bona fide emit, agat aut non agat actione ſervi corrupti, ex eo ſumi indicium, utrum interſit ejus, ſervum corrumpi aut non corrumpi. Reſtat poſtremus verſus: *d. l.* 1. §. 1. *Et ſane ſi quis hoc admiſerit, eveniet, ut duobus actio ſervi corrupti competat, quod eſt abſurdum.* Quid hoc verſu denuncietur, plane me fugit. ne video quidem ab aliis quid ex ſolido adferri ad intellectum. ita vereor; ne is verſus non ſit Ulpiani; ſed Interpretis, quid dicat, non intelligentis. primum quamdiu dominus ignoratur, bonæ fidei poſſeſſor pro domino habetur. idem, ubi apparet dominus, deſinit eſſe & dominus & poſſeſſor bonæ fidei. deinde cur ſit abſurdum, duobus quorum interſit, non corrumpi ſervum, adverſus corruptorem competere ſervi corrupti actionem? pone, corrumpi fructuarium ſervum: domini propter proprietatem, fructuarii propter uſumfructum, intereſſe, id non fieri: an eſt cauſa, cur non ſit utrique jus, ſuam injuriam in judicio exequi? quid ſi præterea apud Ulpianum *l.* 1. §. *ult. D. de injuriis* ſic extat? *Idem ait Neratius ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam conſumi: ut puta uxori meæ filiæfamilias injuria facta eſt: & mihi & patri ejus, & ipſi injuriarum actio incipiet competere.*

Injecta modo mentio de fructuario ſervo, monet me; ut plenius agam, quid juris ſit, eo corrupto vel a domino proprietatis, vel ab ipſo fructuario, vel a tertio. prima quæſtio erit, ſi dominus proprietatis corruperit ſervum in quo meus ſit uſusfructus; an mihi adverſus eum competat actio ſervi corrupti. facit hinc, quod ſuum corrupit ſervum. inde, quod ego habeo jus utendi fruendi ſervo; ex eoque confeſſoriam in rem actionem. itaque intereſt mea, ſervum illum non corrumpi, propter uſumfructum, id eſt, jus dominio non abſimile. Dabitur igitur mihi adverſus te non directa actio ex Edicti verbis: quia non ſum dominus fructuarii ſervi: ſed utilis ex Edicti ſententia; quia ut non ſim ſervi dominus; at in eo habeo jus dominio proximum. ſic Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* idemque eſſe ait; ſi forte alius eum receperit vel corruperit. quid, ſi ſervus a me factus ſit deterior? ait Ulpianus, poſſe te qui es dominus ſervi, mecum experiri actione directa. Non minus placet hoc Pauli *l.* 14. §. 3. *d. t.* ſi ſervus in quo habeo uſumfructum, ſervum meum corrumpat, fore mihi actionem cum domino proprietatis.

Occurrit hic & alia deliberatio de ſervo pignori dato: de quo ſic Paulus: *Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem l.* 14. §. 4. *h. t.* Explicationem non addo: aliqua in *Rationalibus* data ab Antonio Fabro, V. Cl.

Tempus eſt, cogitare, ad quid competat ſervi corrupti actio. Prætoris verba, ad quæ revocanda hæc diſputatio, talia ſunt, *Quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* Ex his liquet, ſervi corrupti actionem dari in duplum, quanti ea res erit. Atque hanc regulam hinc collegit Marcianus *l. ult. h. t.* quæ eſt ex lib. 4. Regularum: ab eoque mox exceptionem dedit in uxore, conſtante matrimonio: dicens, favore nuptiarum marito adverſus eam ſervi corrupti tantum in ſimplum dari actionem: exemplo actionis rerum amotarum: de qua ita Impp. Diocletianus & Maximianus: *Divortii cauſa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio. conſtante enim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famoſa actio competit, ſed de damno in factum datur actio l.* 2. *C. Rer. amot.* Dat igitur Prætor actionem ſervi corrupti in duplum, quanti ea res eſt adverſus corruptorem. & quia non addit, ſi inficiatus ſit, ut factum in Lege Aquilia: idcirco Ulpianus *l.* 5. §. 2. Hæc, inquit, actio etiam adverſus fatentem in duplum eſt, quamvis Aquilia inficiantem dumtaxat coërcet.

Datur igitur hæc actio, quanti ea res erit, ejus

ejus dupli. Sic Ulpianus *l. 9. §. 2. h. t.* Nec ſilebo; quod in *l. 5. §. 4. h. t.* monet, eam referri ad tempus ſervi corrupti vel recepti, non ad præſens: id eſt, non ad tempus litis conteſtatæ. Nec aliter Paulus *l. 6. d. t.* præteritæ, inquit, utilitatis æſtimatio in hoc judicium verſatur. Vere. at quomodo? utrum ejus dumtaxat quod ſervus in corpore vel in animo damni ſenſerit, hoc eſt, quanto vilior ſervus factus ſit; an vero & cæterorum? Eam quæſtionem Tribonianus impedite tractat ex Ulpiano & Paulo in *l. 9. §. 3. l. 10. & 11.* item *in l. 14. §. 8. h. t.* Artis fuerit, explicuiſſe. ſed primum attingam Ulpiani, deinde Pauli, verba. Ex Ulpiano in *d. l. 9.* §. 3. hæc ſunt. *Sed quæſtionis eſt, æſtimatio utrum ejus dumtaxat fieri debeat, quod ſervus in corpore vel in animo damni ſenſerit, hoc eſt, quanto vilior ſervus factus ſit, an vero & cæterorum? Et Neratius ait, tanti condemnandum corruptorem, quanti ſervus ob id quod corruptus ſit, minoris ſit.* Florentiæ editur, *ſubreptus ſit*, ſed res poſtulat, *corruptus ſit*; ut eſt apud Haloandrum. Sequuntur verba *d. l. 11. Neratius ait, poſtea furta facta in æſtimationem non venire. quam ſententiam veram puto. nam & verba Edicti*, Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt.* Antonius Faber *lib. 5. Conject. c.* 8. pro, *Nam & verbà Edicti*, ſcribit, *Nam nec verba Edicti.* Ego hoc nolim: ſed eſſe confuſionem non convenientem ordini ſermonis, & interim Veteribus non infrequentem: ut aliquoties obſervavi alibi. Fuerit igitur quæſitum, quomodo in actione ſervi corrupti, ut inveniatur duplum quanti ea res erit, facienda ſit æſtimatio: utrum ejus dumtaxat quod ipſe ſervus in corpore vel in animo damni ſenſerit, hoc eſt, quanto vilior ille factus ſit, an vero & cæterorum? Vult vero Ulpianus, (ſic conjicio) Neratium putaſſe, ſi conſiſtamus intra proprietatem formulæ *Quanti ea res erit*, corruptorem tanti dumtaxat eſſe condemnandum, quanti ſervus ob id quod corruptus ſit, minoris ſit. eo quod ea formula non ad id quod intereſt, ſed ad veram rei æſtimationem, refertur *l.* 179. *& l.* 193. *D. de verb. ſignificat.* Verum nihilominus viſum Neratio, Prætorem in explicanda ea non ſtetiſſe intra proprietatem: ſed complexum eſſe omne, quod actoris interſit, ſervum non eſſe corruptum: quapropter in hoc judicium venire æſtimationem non modo corrupti ſervi, ſed earum quoque rerum quas ille ſecum abſtulit: (pariter ut ex Paulo ſubjicitur *l. 10. h. t.*) juvatque ſententiam *l.* 11. in qua monet Ulpianus, hanc interpretationem a Neratio reſtringi ad furta quæ ſervus fecerit tempore fugæ: (more qui notatur *l. 36. §. ult. D. de furt.* & ab Horatio *lib.* 1. *Serm. ſat.* 1. *verſ.* 77.) furta vero poſtea facta non æque venire in æſtimationem hujus actionis. Hoc a Neratio, ex eoque ab Ulpiano, agi, pro certo habeo. itane? ſi non voluit Neratius, furta tempore fugæ facta in hoc judicium venire: an Neratio ſuit cauſa ab æſtimatione hujus judicii excipiendi furta poſtea facta? at nec Ulpiano ſic fuit cauſa approbandi Neratii ſententiam. Iſtæc res eſt: Ulpianus Neratium ſequutus, cenſet, in hoc judicio tam æſtimari damnum occaſione corrupti ſervi, quam in ejus corpore aut animo, datum: ideoque præter damnum animi aut corporis ſervi, in hoc judicium etiam venire æſtimationem rerum quas ille ſecum abſtulit: cum præſertim omne damnum dupletur ex Edicti mente; licet verba aliud ſuadeant. Ulpianus in *d. l.* 11. rem ſic exprimit: *Nam & verba Edicti*, Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt.* Manifeſta eſt in hoc verſu Synchuſis: non enim cohæret hic cum verſu proxime præcedente; ſed intellectu debet referri ad tradita in fine *d.* §. 3. *l.* 9. ac niſi deſint ibi quædam, (quod prope exiſtimo) vocem, *Nam*, acceperim non pro cauſali; ſed pro *præterea* aut ſimili. Sic fiet Ulpiani ſenſus: Prætor quidem in Edicto dixit, ſe daturum actionem Quanti ea res eſt; ſed ea verba ſic accepta ſunt, quaſi dixiſſet, ſe daturum actionem ad omne quod domini interſit, illum ſervum non eſſe corruptum. Venit igitur ex Prætoris mente in hoc judicium non modo æſtimatio corrupti ſervi, quatenus attinet ad damnum animi & corporis ejus; ſed etiam rerum quas ſecum abſtulit: quia omne damnum duplatur. Neratius tamen ait, poſtea furta facta in æſtimationem non venire: veramque eſſe eam ſententiam, & ipſe puto. ſitque exemplum in §. 1. Servo perſuaſi, ut chirographa debitorum corrumpat. videlicet tenebor. Sed ſi conſuetudine peccandi poſtea & rationes cæteraque ſimilia inſtrumenta ſubtraxerit, vel interleverit, deleverit: dicendum erit, corruptorem horum nomine teneri. Quo modo expoſui Ulpianum: eo aggrediar Paulum. jungam certe *l.* 14. §. 8. cum *l. 10. h. t.* ut ſunt ex eodem Pauli lib. 19. Ad Edictum. verba *d.* §. 8. *Æſtimatio autem habetur in hac actione, quanti ſervus vilior factus ſit, quod officio Judicis expedietur.* Sic Paulus, atque ex verbis Edicti, *Quanti ea res erit.* ipſa ſervanda; ſi nihil præterea interſit, quia nihil ſecum abſtulit ſervus. alioquin ex ejus mente æſtimatur omne quod domini intereſt. Non eſt quod dubites. ipſum audi Paulum *d. l.* 10. ſic ait: *In hoc judicium etiam rerum æſtimatio venit, quas ſecum ſervus abſtulit: quia omne damnum duplatur. neque intererit, ad eum perlatæ fuerint res, an ad alium: ſive etiam conſumptæ ſunt. etenim juſtius eſt, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quæri, ad quem res perlatæ ſunt.* Non ad hæc ſubſiſtit Paulus: ſed in *d. l.* 14. §. 6. *His conſequenter*, inquit, *& illud probatur*, [*ut*] *ſi ſervo meo perſuaſeris, ut Titio furtum faciat, non ſolum in id tenearis, quo deterior ſervus*

effectus eſt, ſed & in id, quod Titio præſtaturus ſim. Pergit in §. 7. *Item non ſolum, ſi mihi damnum dederit conſilio tuo, ſed etiam ſi extraneo, eo quoque nomine mihi teneris, quod ego Lege Aquilia obnoxius ſim: aut ſi ex conducto teneor alicui, quod ei ſervum locavi, & propter te deterior factus ſit, teneberis & hoc nomine. Et ſi qua talia ſint.*

Ut faciam finem explicandi Edicti, ſubducam ſummam demonſtratæ naturæ actionis ſervi corrupti. Vix opus habeo admonere, eam eſſe pœnalem, quia ſic Ulpianus *l.* 13. *b. t.* Mitto Ulpianum: quando ex Edicto conſtet, dari in duplum *l.* 1. *b. t.* & ſine diſcrimine; cum in Lege Aquilia, ut in duplum fiat condemnatio, inficiatio deſideretur. Eſt igitur pœnalis, non tamen mere, ut actio furti: ſic enim duplum foret extra rem. nunc petit duplum, quanti intereſt, *l.* 9. §. 2. *b. t.* & eſt mixta, partim perſecutoria rei, partim pœnalis. id Paulus *l.* 14. §. 5. *d. t.* his exprimit verbis: *In hac actione non extra rem duplum eſt. id enim quod damni datum eſt duplatur.* Sic Florentiæ editur. apud Haloandrum eſt, *In hac actione extra rem duplum eſt.* Sed retinenda eſt Florentina lectio. quod animadvertit Antonius Auguſtinus *lib.* 1. *Emend. c.* 2. *p.* 14. Eſt igitur actio ſervi corrupti rei perſecutoria ex parte actoris, etſi pœnalis ſit ex parte rei. Inde ait Ulpianus *l.* 13. *b. t.* quod heredi quidem cæteriſque ſucceſſoribus datur, ſed adverſus heredes non datur. Aliquis putet, hinc etiam fieri, ut non ſit temporaria, ſed perpetua, licet ſit Prætoria. Sed non eſt ita: nam in his quæ ex parte rei ſunt pœnales, etſi ex parte actoris ſint rei perſecutoriæ, aliter obſervari, eſt traditum ſub Titulo, *De alienatione judicii mutandi cauſa.* Putemus igitur, aliam eſſe cauſam: cur Ulpianus *d. l.* 13 hanc actionem eſſe dicat perpetuam, non temporariam. Quam, obſecro? forte quod eſt facta ad exemplum alicujus civilis actionis, puta, Legis Aquiliæ, furti, aut ſimilis: ſicut in actione furti manifeſti, aliiſque obſervatur *pr. Inſt. De perpet. & tempor. act. l.* 7. §. *ult. D. Naut. caup. ſtab.* Sed hoc jam incidit Theodoro Marcilio *ad pr. Inſt. De perpet. & temp. act.* D. etiam Vinnius *ad eum locum in fine* obſervat, actionem adverſus publicanos, quamvis prætoria & pœnalis ſit, tamen perpetuo competere *l.* 13. §. *ult. D. de publican.*

TITULUS IV.

De fugitivis.

Hoc & ſequente Titulo ponuntur duo exempla corrumpendi ſervi: unum eſt hortatio ad fugam, aut receptio & præſtatio refugii: alterum eſt hortatio ad luſum aleæ. Præſens Titulus eſt *De fugitivis.* diſtinguitur autem fugitivus ab errone in *pr.* & §. 17. *l.* 17. *D. de Ædilit. Edict.* nam fugitivus quidem dicitur qui extra domini domum fugæ cauſa, quo ſe a domino celaret, manſit: erro vero, qui non quidem fugit, ſed frequenter ſine cauſa vagatur, & temporibus in res nugatorias conſumptis, ſerius domum redit. Sic alias. ſed hoc Titulo Ulpianus *l.* 1. §. 5. fugitivum & erronem accipit pro iiſdem. ait etiam, ex fugitiva natum pro fugitivo non haberi.

Nunc, quod hoc Titulo agitur, indicemus obiter. fere huc ſpectat; ne quis ſervum fugitivum celet, recipiatve: poſita pœna, ſi contra factum ſit. præterea traditur officium Magiſtratuum municipalium in inquirendis, cuſtodiendis, & tranſmittendis fugitivis. Hæc ſumma *l.* 1. deſumptæ ex Ulpiani lib. 1. Ad Edictum: in quo cum juriſdictionem atque officia municipalium Magiſtratuum expoſuiſſe, alibi monui.

Quod ad ipſos attinet fugitivos, ait Calliſtratus *l.* 2. *b. t.* ſi pro liberis gerant ſe, graviùs coërcendos: ſimplices fugitivos dominis reddendos. quid, ſi dederint ſe in arenam? idem dicendum: non modo ante pugnam, ſed poſt eam quoque. nec intereſt, utrum cum hominibus, an cum beſtiis depugnaverint. quod ſi deprehendantur, cum ad barbaros tranſeunt: placet Conſtantino, aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut qualibet alia pœna affici *l.* 3. *C. de ſerv. fugitiv.*

Alia de fugitivis & fugitivariis Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* XI. quæ ibi videri poſſunt.

TITULUS V.

De aleatoribus.

Secunda ſpecies corrumpendi ſervi eſt perſuaſio, ut ludat alea: cujus ſtudium annumeratur vitiis animi ſervorum *l.* 25. §. 6. *D. de Ædilitio Edicto. l.* 26. *D. de injuriis.* Sic apparet ordo & ratio Tituli *De aleatoribus.* Eſt autem alea, luſus omnis pendens ab incerto fortunæ eventu. is luſus (ut refert Servius ad Virgilium *lib.* 2. *Aeneid. verſ.* 80. & Salmaſius ad Vopiſcum *Proculo p.* 744.) eſt a Palamede bono publico inventus ad Trojam, militibus per otium ad ſeditionem ſpectantibus ob deſiderium patriæ. eſt vero is

luſus natura indifferens, neque per ſe bonus, neque per ſe malus. tantum uſu & modo huic aut illi proximior. ita ratio publicæ utilitatis aleæ luſum jure civili improbavit, tamquam pernicioſum. Teſtis Horatius *lib.* 3. *od.* 24. & Juſtinianus *l.* 3. *C. h. t.*

De aleatoribus extant in *l.* t. *D. h. t.* duo Edicti capita. prioris verba hæc ſunt. *Si quis eum apud quem alea luſum eſſe dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, ſive quid eo tempore domo ejus ſubtractum eſt, judicium non dabo.* Ita legendum, *domo ejus*, etſi Florentiæ extat, *dolo ejus.* apparet ex *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* ubi ea vox exponitur. Alterum caput eſt tale. *In eum qui aleæ ludendæ cauſa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam. d. l.* 1. *pr.* Præter hæc duo capita fuit & tertium: nam ejus mentio *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* eoque videtur Prætor victo permiſiſſe condictionem ejus quod victor aleæ luſu ſit conſecutus.

Quod ad primum caput attinet: eo negat Prætor, judicium ſe daturum: ſi quis verberaverit eum apud quem alea luſum eſſe dicatur, aut ei damnum dederit: item ſi quid eo tempore domo ejus ſubtractum ſit. & notandum, Prætorem de ſuſceptore tantum loqui, non etiam de ſuſceptis. Si igitur rapinas inter ſe fecerint colluſores, non denegabitur vi bonorum raptorum actio. Atqui hi quoque poterant indigni videri, qui a Prætore vindicentur. Sed (quod obſervat Ulpianus *d. l.* t. §. 1) Prætor ſuſceptorem dumtaxat prohibuit vindicati; non & colluſores, quamvis & hi indigni videantur. Item notandum, inquit Ulpianus *d. l.* 1. §. 2; quod ſuſceptorem verberatum quidem & damnum paſſum ubicumque & quandocunque non vindicat. verum furtum factum domi, & eo tempore quo alea ludebatur, licet luſor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit. Addit Ulpianus, oportere nos in Edicto domum accipere pro habitatione & domicilio. Quærit autem, quum Prætor negat, ſe daturum furti actionem, utrum ſolum reſpiciat ad pœnalem actionem, an & ſi ad exhibendum agere, vel vindicare, vel condicere velit? Et ait, eſſe relatum apud Pomponium, ſolummodo pœnalem actionem denegatam. at id non eſſe verum: præfatus, quod Prætor ſimpliciter ait, Si quid ſubtractum erit, judicium non dabo *d. l.* 1. §. 2. Eſt notabilis hæc Prætoris ſeveritas; attamen non inaudita civili Jure. nam & alibi fit, ut aliqui tam viles putentur, ut oporteat eos eſſe infra omnem legum curam. exemplum *l.* 29. *C. Ad legem Juliam de adulteriis.* eſt & aliud apud Valerium Maximum *lib.* 7. *c.* 7. ubi loquens de decreto Q. Metelli Prætoris urbani, qui lenoni denegavit bonorum poſſeſſionem ſecundum Juventii tabulas: *Vir*, inquit, *nobiliſſimus & graviſſimus fori ac lupanaris ſeparandam conditionem exiſtimavit: nec aut factum illius comprobare voluit, qui fortunas ſuas in ſtabulum contaminatum projecerat, aut huic tamquam integro civi jura reddere, qui ſe ab omni honeſto vitæ genere abruperat.* Eodem modo Quintilianus, *Declam.* 385. *Quamquam ut fecerim damnum*, inquit, *merito tibi relata talio eſt, propter quem damna omnes faciunt. leno eſt publicum damnum.* Tantum de primo capite.

Secundo ait Prætor, *In eum qui aleæ ludendæ cauſa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc clauſula, inquit Ulpianus, pertinet ad animadverſionem ejus qui compulit ludere, ut aut mulcta multetur, aut in lautumias, vel in vincula publica ducatur *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* nempe, quia ſolent quidam & cogere ad luſum vel ab initio, vel victi, dum retinent *l.* 2. *D. eod.* Lautumiæ autem appellatione carcerem ſignificari, mihi probabile eſt: quia hujus poteſtatem habebat Prætor jure mixti imperii *l.* 2. *D. de in jus vocand.* Non me fugit, ea voce lapidicinas ſignificari apud Plautum *Capteiv.* 3. 5. 65. Sed hoc modo hic ab Ulpiano accipi, non ſuadeam: cum Prætori, deſtituto jure meri imperii, non competat damnatio ad metallum. melius igitur & verius intelligitur carcer: ſic appellatus Syracuſis; teſte Aſconio *in Verrem De prætur. urban. pag.* 72. eoque exemplo etiam Romæ, & alibi: ut apud Livium *lib.* 26. *c.* 27. *& in l.* 9. *D. Quib. ex cauſ. major.* in qua mentio parietum lautumiarum quibus teneantur incluſi. Sed de lautumiis plura Franciſcus Polletus *lib.* 5. *Hiſt. For. Rom. c.* 14. & nuper Collega meus, Jacobus Perizonius, Not. ad Ælianum *lib.* 12. *c.* 44.

Tertio Edicti capite permittitur a Prætore ſoluti condictio tamquam indebiti: improbato aleæ titulo. olim dabatur repetitio in quadruplum: ut Aſconius Pedianus refert in *Divinat. in Verrem.* ſcilicet, quia aleæ luſus, Ovidio teſte, *Erat ad noſtros non leve crimen avos.* ſed ex hoc Edicto eſt tantum repetitio in ſimplum. Superioribus conſequens eſt; ut, ſi victo datur repetitio ejus quod ſolvit, nec victori danda ſit petitio ejus quod vicit: certo, quod cui damus actionem ad repetendum, ei ſi conveniatur, multo magis damus exceptionem *l.* 1. §. t. *D. Quarum rerum actio, non datur.* fac: (quod apud Veteres æque fiebat atque hodie) aliqui luſerunt non appoſita pecunia, ſed appoſitis lupinis: ea lege, ut quot lupina amittantur, pro eis tot reddantur nummi: quo forte reſpicit illud Horatii *lib.* 1. *Epiſt.* 7. *verſ.* 23.

Nec tamen ignorat quid diſtent æra lupinis.

Sed clare hæc vetat Juſtinianus *l.* 1. *C. h. t.*

Datur igitur victo ſoluti condictio: ac ſi ſervus aut filiusfamilias alea victus, ſolverit: jam domino aut patri dabitur condictio, quaſi per ſervum ei quæſita *l. ult. D. h. t.* ſimili ratione, ſi ſervus aut filiusfamilias vicit, dabitur in dominum aut patrem actio, quate-

nus in peculium venit, non noxalis, quia eſt ex negotio geſto, non ex delicto *d. l. ult.*

Quod ſi pater aut patronus vicerit: etiam adverſus eos dabitur actio, ſed in factum utilis: non hæc formula, Quod in ea alea luſum erit, quia ſuggillat famam patris aut patroni. datur igitur in factum utilis ſine aleæ mentione *d. l. ult.* ut & alibi obſervatum *l.* 11. §. 1. *D. de dolo malo.*

Porro ſi victus ipſe non repetat quod amiſit: permittitur ei qui volet, repetere. ac ſi nemo ſit, qui repetat, repetendi jus eſt Epiſcopo, aut fiſci Procuratori: nec eſt præſcriptio, niſi quinquaginta annorum *l.* 1. & 3. *C. h. t.*

Sed, puto, apparet, aleam, tamquam vanam atque inutilem rebus humanis, jure noſtro improbari, ſi pecunia ludatur: nam Senatuſconſultum (ut Paulus ait *l.* 2. §. 1. *h. t.*) vetuit, in pecuniam ludere. hanc partem (quod idem refert Paulus *l. ult. eod.* quæ eſt conjungenda cum *d. l.* 2. §. 1. ſicut olim cum ea cohæſit: monente utriuſque Inſcriptione) *Quod in convivio veſcendi cauſa ponitur, in eam rem alea ludere permittitur.* Sic legendum, *alea:* Florentiæ eſt, *familiæ:* ſed nullo ſenſu. Amplius ait Paulus *d. l.* 2. §. 1. quod Senatuſconſultum vetuit, in pecuniam ludere; *præterquam ſi quis certet haſta, vel pilo jaciendo, vel currendo, ſaliendo, luctando, pugnando.* & hanc adfert rationem Paulus: *quod virtutis cauſa fiat.*

Addit Marcianus *l.* 3. *h. t.* quod in his rebus ex Lege Titia & Publicia & Cornelia etiam ſponſionem facere licet. ſed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Hactenus de vera alea. eſt & quaſi alea. ea etſi non ſit a periculo vacua, tamen non eſt inanis & vana. eoque jure non improbatur: quia uſibus humanis opportuna eſt: cum illa vera tantum fortuna, nulla civili ratione, conſtet; & interim periculoſam, noxiamque habeat oblectationem. qua de re dixi quædam *lib.* 2. *De fœnore & uſuris c.* 7. *p.* 218. & *ſeq.*

TITULUS VI.

Si menſor falſum modum dixerit.

Hic Titulus poſſit haberi pro appendice Tituli, Finium regundorum: in quo ſolebat menſor adhiberi lite de finibus inter affines nata. idem fiebat in emptione & venditione; volente emptore & venditore, ſcire modum agri, pretio pro portione conſtituendo. Hæc pro cauſa ordinis Tituli. Nunc Edictum accipe. id ſic concinno. *Si menſor agri falſum modum dixerit, aut cujus alterius rei menſuram falſam, dolo malo renunciaſſe dicetur, ei cujus interierit id non fieri, adverſus eum in factum actionem dabo.* In hoc Edicto Prætor pollicetur actionem in factum adverſus menſorem agri falſum modum, aut cujus alterius rei falſam menſuram, dolo malo renunciantem. Quam ob cauſam? Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ait, non oportere nos ab eo falli: nam intereſſe noſtra, ne fallamur in modi renunciatione, ſi forte ſit de finibus contentio; vel emptor vel venditor velit ſcire, cujuſmodi ager veniat. ait vero Ulpianus, hanc actionem ideo fuiſſe neceſſariam: quod hujuſmodi menſor non erat civiliter obligatus ex locato aut conducto, etſi promiſſa ei pro opera certa pecunia: exemplo cæterarum artium liberalium, intra notas & literas conſiſtentium: de quibus dixi infra ſub Titulo *Mandati vel contra*, & ſub Titulo, *Locati conducti.* Ita eſt: olim, cum incideret quæſtio de modo agri, adibatur ad aliquem artis ejus, quæ liberalis habebatur, peritum. ab eo opera gratis præſtita, videbatur beneficii loco præberi. quod ſi aliquid pro ea daretur; id putabatur dari ad remunerandum: atque inde non merces, ſed honorarium, appellabatur; & proprio nomine pulveraticum. notat Cujacius *lib.* 4. *Obſerv. c.* 18. & Jacobus Gothofredus *ad l.* 16. *Cod. Theod. de tironibus lib.* 7. *tit.* 13. proinde, ſi imperite aut negligenter verſatus dicatur menſor: vult Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. eum qui talem adhibuit, ſibi imputare debere: menſori ſufficere, quod potuit, egiſſe bona fide. cæterum, decipere amicum ſpecie beneficii non debuiſſe; ideoque viſum eſſe, ſatis abundeque coërceri menſorem, ſi dolus malus ſolus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non eſſet actione locati aut conducti.

Proponit igitur Prætor in hoc Edicto, actionem in factum, ſi menſor falſum modum dixit. Vocat autem modum quod eſt ſpatium. menſura dicitur *l.* 40. *D. de contrah. empt.* Non tamen ſemper Prætor hanc actionem dat, ſi menſor falſum modum renunciavit; ſed ſi eum renunciavit dolo malo. culpam Prætor non attingit. igitur culpæ nomine non tenetur menſor, præterquam latæ: quia hæc plane dolo comparatur; ſive mercedem pro opera accepit menſor, ſive non accepit: nam, ut dictum, magis honorarium eſt, quam merces; eoque non locatio operæ, ſed donatio, habetur *d. l.* 1. §. 1.

Tenetur igitur hac actione menſor qui falſum modum renunciavit dolo malo. Renunciaſſe vero accipere debemus eum qui per ſe verbis renunciavit, etiam qui per alium renunciavit *d. l.* 1. §. 2. vel per literas *l.* 2. *h. t.* non enim diſtinguit Prætor. De eo quæſitum fuit, ſi ego tibi, cum eſſes menſor, mandaverim, ut ageres menſuram agri (hac locu-

locutione utitur etiam Plinius *lib.* 2. *Hiſt. nat. c.* 1.) & tu id Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit, an tu eo nomine tenearis? Paulo *l.* 2. §. 1. *h. t.* placet, te teneri: quia es dolo malo verſatus qui tali homini credidiſti. Obtinet igitur hæc in factum actio; ſi menſor falſum modum dolo malo renunciavit. quid, ſi non renunciaverit falſum modum: ſed magis traxerit renunciationem, & ob hoc evenerit; ut venditor læderetur: (ſic poſtulat ſenſus, Florentiæ editur, *liberetur:* ſed *læderetur* ab ingenio reſtituit Zoannetus, & hanc conjecturam poſtea ope Baſilicorum confirmavit Jacobus Cujacius *lib.* 7. *Obſerv. c.* 35.) ſi, inquam, ob hoc evenerit, ut venditor læderetur qui adſignaturum ſe modum intra certum tempus promiſit. (ut eſt talis caſus *l.* 40. *D. de contrah. empt.*) ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* ceſſare hanc actionem: & addit, nec utilem dari debere ex ſententia Pomponii. quia, ut traxerit modi renunciationem, tamen verum dixit modum: cum Prætor de falſo loquatur. quid ergo eſt? ait Ulpianus, eo quod diſſimilis eſt is caſus, fore decurrendum ad actionem de dolo.

Cæterum latius porrexit hoc judicium Prætor. nam, ut obſervat Ulpianus *l.* 5. §. 2. *h. t.* etiam ſi cujus alterius rei menſuram falſam quis renunciaviſſe dicetur, hæc actio competit. Menſura autem (ut intelligitur ex Variis Auctoribus, *De menſuris*) eſt, quidquid pondere, capacitate, longitudine, latitudine, altitudine, animoque finitur. Proinde menſor & ſi in ædificii menſura (Menſoris ædificiorum memoria apud Reineſium *Claſſ.* IX. *Inſcr.* 85.) fefellit, vel in frumenti, vel vini, ſive de itineris latitudine, ſive de ſervitute immittendi, projiciendique quæratur, ſive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit, vel cujus alterius rei: tenebitur. Et ſi menſor machinarius (de hoc late Budæus, *Annot. ad Pand. p.* 232. *& ſeq.* meminit quoque ejus Lapis apud Reineſium, *Claſſ.* VII. *Inſcr.* 16. & alius apud Gruterum *pag.* 99. *Inſcr.* 1.) fefellerit, hæc actio dabitur. Nec non illud quoque Pomponius dicit, etiam in eum, qui ut non fuit menſor, fefellit tamen in modo, hanc actionem competere. Hoc exemplo etiam debet adverſus architectum qui fefellit, actio dari. nam & D. Severus adverſus architectum & redemptorem actiones dandas decrevit. Ulpianus etiam adverſus tabularium qui in computatione fefellit dandas eſſe actiones putat *d. l.* 5. §. 2.

Non ſufficit, ſciri, quando detur in factum actio: niſi præterea ſciatur, ad quid detur. apparet autem, dari ad id quod ejus cui falſa nocuit renunciatio, interſit, ſic non eſſe factam. Sic prorſus Ulpianus *l.* 3. §. 1. *h. t.* convenienter Edicto: *Competit,* inquit, *hæc actio ei, cujus interfuit falſum modum renunciatum non eſſe, hoc eſt, vel emptori vel venditori, cui renunciatio offuit.* Proinde, ſi nihil interſit ejus cui renunciatio facta ſit, etſi falſa: ceſſat actio. & ſunt exempla ſatis multa atque elegantia in *d. l.* 3. *pr.* §. 2. 3. 4. *& l.* 5. §. 1. *h. t.*

Eadem opera intelligitur, cui competat hæc in factum actio. ultro enim liquet, non competere alii, quam cujus intereſt, non eſſe ſibi a menſore renunciatum modum falſum. is vero (ut modo traditum ex *d. l.* 3. §. 1.) eſt vel emptor vel venditor cui offuit renunciatio.

Non major labor eſt, demonſtrare, adverſus quem hæc actio competat: cum præſertim conveniat actioni in factum quæ eſt in perſonam, eam competere adverſus menſorem qui falſum modum, falſamve menſuram, dolo malo renuncians, adverſario offuit. idque extra dubitationem eſt: ſi ipſe renonciavit falſum modum. Sed quid, ſi ego, cum eſſes menſor, mandaverim tibi, ut menſuram agri ageres, & tu Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit? ait Paulus, te teneri: & cauſatur, quia dolo malo verſatus es qui tali homini credidiſti *l.* 2. §. 1. *h. t.*

Indicavi eum cui & adverſus quem detur hæc in factum actio. at nec heredes præteriri, fas eſt. De his ſic Ulpianus *d. l.* 3. §. 5. *Hanc actionem heredi ſimilibuſque perſonis dandam, Pomponius ſcribit. ſed in heredem ſimileſque perſonas denegandam ait.* Utrumque vere. nam quod ait, heredibus hanc actionem dari, hac ratione nititur: quod ea actio pœnalis quidem eſt ex parte menſoris; nam is ea punitur: ſed interim eſt rei perſecutoria ex parte actoris: petentis id qood ei de patrimonio abeſt. tales vero actiones heredibus dari, explorati juris eſt. Nec alia fuit ratio, cur Ulpianus nolit, eam dari adverſus heredem. cum enim concepta ſit in dolum menſoris, & hunc puniat; non putavit Ulpianus, eam dandam eſſe adverſus heredem: qui non fuit doli particeps. quod valde probo. Nec tamen me fugit, poſſe hinc incurrere difficultatem: quærentibus, quamdiu duret propoſita in factum actio. nam ſi in dolum concipitur, & factum punit, ut modo demonſtratum, poſſit metui; ne annalis ſit hæc actio: quomodo in ejus generis actione Prætoria reſpondit Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. Quod falſo tutore auctore,* & generaliter de talibus Paulus *l.* 35. *D. de oblig. & act.* Sed hunc ſcrupulum opportune nobis idem exemit Paulus *l.* 4. *h. t.* atteſtatus; quod *hæc actio perpetua eſt.* & hac utitur ratione, quæ eſt vera & pulchra: *Quia initium rei non a circumſcriptione, ſed a ſuſcepto negotio originem accepit.*

TITULUS VII.

De religioſis, & ſumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

Partes Rubricæ tres ſunt: una de religioſis; altera de ſumptibus funerum; tertia, ut funus ducere liceat. Prima pars eſt de religioſis, nempe locis. De his ſic ait Marcianus *l.* 6. §. 4. *D. de rerum diviſione.* Religioſum locum unuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. Marcianus, ut religionem accipiat locus, duo deſiderat: primum eſt, ut mortuus in eum inferatur: alterum, ut a loci domino inferatur. primum ſuſtinet, locum non fieri religioſum deſtinatione aut propoſito inferendi mortui, ſed mortui demum illatione. Cicero *lib.* 2. *De legibus c.* 22. ſic exprimit: *Priuſquam in os injecta gleba eſt, locus ille, ubi crematum eſt corpus, nihil habet religionis: injecta gleba tum & ille humatus eſt, & ſepulchrum vocatur, ac tum denique multa jura religioſa complectitur.* Ciceroni conſentit Ulpianus *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* Sepulchrum eſſe, inquiens, ubi corpus, oſſave hominis condita ſunt. Unde conſequens eſt, κενοτάφιον, ſive monumentum memoriæ cauſa factum, quamdiu inane eſt, nondum illato corpore integro, aut reliquiis, ubi id uſtum fuit pro more illius temporis, non eſſe ſepulchrum, nec religioſum, ſed illato corpore aut illatis reliquiis, demum ſepulchrum eſſe incipere, & religioſum fieri *l.* 42. *D. h. t.* Atqui apud Marcianum ſic legitur *d. l.* 6. §. *ult. D. de rer. diviſ. Cenotaphium quoque magis placet locum eſſe religioſum.* & ut firmior ſit fides, additur; *Sicut teſtis in ea re eſt Virgilius.* nimirum *lib.* 3. *Aeneid. verſ.* 304. & *lib.* 6. *verſ.* 150. Interim ſubjicitur mox in *l.* 6. ex Ulpiano, *Sed Divi Fratres contra reſcripſerunt.* Eſt vero is locus ex ejus lib. 25. Ad Edictum: & quia ex eodem libro etiam eſt *l.* 6. §. 1. *D. h. t.* non male cum *d. l.* 6. conjungantur ſequentia *d.* §. 1. verba: *Si adhuc monumentum purum eſt, poterit quis hoc & vendere & donare. Si cenotaphium ſit, poſſe hoc venire dicendum eſt: nec enim eſſe hoc religioſum, Divi Fratres reſcripſerunt.* Id vero ſi ita eſt, quam dabimus cauſam, ne ſit manifeſta Marciani & Ulpiani pugna: cum uterque & poſt Divos Fratres, & eodem floruerit tempore. de conciliatione utriuſque agerem ſerio: niſi id eſſet jam dudum factum ab Excellentiſſimis Viris, Andrea Alciato *lib.* 10. *Parerg. c.* 12. Scipione Gentili *lib.* 2. *Parerg. c.* 12. Jacobo Gothofredo *Diatrib. De cenotaphio*, aliiſque.

Oportet igitur, ut religioſus fiat locus, in eum illatum eſſe vel corpus hominis mortui, vel ejus oſſa. An omnia? fac, in diverſis locis eſſe ſepultum corpus, vel oſſa. Paulus *l.* 44. *D. h. t. Uterque quidem*, inquit, *locus religioſus non fit: quia una ſepultura plura ſepulchra efficere non poteſt. mihi autem videtur, illum religioſum eſſe, ubi quod eſt principale, conditum eſt, id eſt, caput, cujus imago fit, inde cognoſcimur.* Sic eſſe legendum, *cujus imago fit*, bene obſervavit V. Cl. Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Obſerv. c.* 4. cum vulgo legatur, *cujus imago ſit.* Ex eodem principio etiam ſequitur, quod apud Ulpianum *d. l.* 2. §. 5. *h. t.* Celſus ait, *Non totus qui ſepulturæ deſtinatus eſt, locus religioſus fit, ſed quatenus corpus humatum eſt.* Id verum eſt, ſed quid indigitet, explicitum a Viris Doctiſſimis, Briſſonio *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 15. & Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 21.

At Marcianus *d. l.* 6. §. 4. *D. de rer. diviſ.* ut religionem accipiat locus, non eſt contentus illatione corporis aut oſſium in eum facta: ſed plus poſtulat, eam eſſe factam a loci domino. nec ſine cauſa: eſt enim ille ſuæ rei moderator & arbiter, etiam in abutendo. ab alio igitur in alienum locum, invito domino, fieri illatio non debet: & ſi fiat, non eſt religioſus locus: ne alteri per alterum fiat injuria. Ita, ſi mortuus in alienum locum invito domino inferatur. quid, ſi eo volente fiat? jam placet, eum religioſum fieri: nulla differentia; utrum ipſe dominus mortuum inferat in locum ſuum; an alius ejus voluntate. quare & ſi invito domino facta ſit illatio, iſque factam deinde habeat ratam, adhuc idem dicendum eſt: quia ratihabitio retrotrahitur, & cum mandato comparatur. Sed hoc clare Juſtinianus §. 9. *Inſt. de rer. diviſ.* Dominum porro cum dico, non alium intelligo, quam cujus ſolidum eſt dominium: id eſt, in quo alius neque partem habet, neque jus aliquod. nam ſi pro parte ſit dominus, ſocius, verbi gratia, mortuum invito ſocio in communem locum purum inferre non poteſt: in commune vero ſepulchrum ei inferre licet, etiam invitis cæteris *d.* §. 9. De fructuario minor dubitatio eſt, quia non eſt dominus rei fructuariæ, licet in ea habeat jus uſusfructus. imo, ſi alienus eſt uſusfructus, ne proprietarium quidem, invito fructuario, locum religioſum facere placet: conſentiente placet *d.* §. 9. Idem tradit Ulpianus *l.* 2. §. 7. *D. h. t.* ubi ita interpungo: *Sed & ſi alius proprietatem, alius uſumfructum habet, non faciet locum religioſum nec proprietarius.* Plane addit ibidem Ulpianus, proprietarium, ſi forte ipſum qui uſumfructum legaverit, intulerit, cum in alium locum tam opportune inferri non poſſet, religioſum locum fieri, & ita Julianum ſcribere. Similis quæſtio eſt de loco qui ſervit, an & quando eum religioſum facere poſſit dominus. Item alia, ſi oppignoratus ſit. Sed de his Ulpianus *d. l.* 2. §. 8.

§. 8. *&* 9. ſatis clare ac plene. Ex Paulo vero *l.* 3. mox ſic ſubjicitur: Ex conſenſu tamen omnium utilius eſt dicere, religioſum poſſe fieri. idque Pomponius ſcribit. Papinianus plane *l.* 43. *h. t.* obſervat, aliquas eſſe perſonas quæ quamquam locum religioſum facere non poſſunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt.. Sed de his dicam ſequente Titulo *De mortuo inferendo.*

Effectus religionis eſt: ut locum religioſum eximat humano commercio; itaque is, cum nullius putetur eſſe, neque dominum habeat, neque vindicari, neque alienari poſſit.

Dixi, quomodo locus fiat religioſus. addam, quomodo talis eſſe deſinat. Egregie Paulus *l.* 44. §. 1. *D. h. t.* Cum, inquit, impetratur, ut reliquiæ transferantur, deſinit locus religioſus eſſe. Ait, *cum impetratur.* Refert tamen, utrum ad tempus alicubi commendata, ſive depoſita, ſint oſſa, verbi gratia, donec ſepulchrum ædificetur; an ſint tradita perpetuæ ſepulturæ. priore caſu poterat quidem qui depoſuerat, tranſlationem impetrare; ut eſt tale exemplum apud Gruterum *Corpore Inſcriptionum pag.* 607. *n.* 1. ſed non erat neceſſe impetrare: nam eum oſſa transferre propria auctoritate, non prohiberi, traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 10. *C. h. t.* & locum eo caſu profanum manere, Paulus ait *l.* 40. *D. h. t.* In poſteriore caſu aliter fuit obſervatum: nam ut Marcianus ſcribit *l.* 39. *d. t.* Divi Fratres admonuerunt, Ne juſtæ ſepulturæ traditum, id eſt, terra conditum, corpus inquietetur. Et cum poſſit quæri, quando terra conditum dicatur: ait, videri terra conditum, & ſi in arcula conditum ſit hoc animo, ut non alibi transferatur. Addit, Sed arculam ipſam, ſi res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non eſſe denegandum. Ut igitur religione liberetur locus, oportet impetrari, ſi res exigat. A quibus? ab his quibus permittendi jus eſt. ſic ait Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. de ſepulch. violat.* Eſſe autem hos in provincia Præſides intelligitur ex *l.* 1. *C. h. t.* Plinius *lib.* 10. *Epiſt.* 69. etiam meminit Proconſulum: Romæ autem vult adiri Collegium Pontificum, aut Principem, tamquam Pontificem Maximum: quos etiam nominat Ulpianus *l.* 8. *h. t.* ubi ab alio, quam a domino, illata ſunt oſſa, eaque dominus vult eruere aut effodere. In *l.* 14. *C. h. t.* dicitur, *Nemo humanum corpus ad alium locum ſine Auguſti affatibus transferat.* Jacobus Gothofredus ad *l.* 7. *Cod. Theod. de ſepulchro violato* putat, deſumptam ex hac lege eſſe *d. l.* 14. ibique pro *humanum corpus* ex *d. l.* 7. eſſe legendum *humatum corpus.* Monui modo, tranſlationem demum impetrari, ſi res exigat. Trajanus apud Plinium *lib.* 10. *epiſt.* 70. dicit propter juſtas aliquas cauſas. Et exemplum in *Epiſt.* 69. quæ eſt Plinii, propter injuriam vetuſtatis, aut propter fluminis incurſum. hujus etiam mentio in *l.* 1. *C. h. t.* & apud Paulum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. §. 1. Dicit præterea Paulus, reliquias ſolemnibus redditis ſacrificiis per noctem in alium locum transferri. Sed de his adiri ſuadeam Notas Doctiſſimi mei Collegæ, Antonii Schultingii, & de omnibus Kirchmannum quoque *lib.* 3. *De funerib. Rom. c.* 25.

Poſtquam dixi quæ ſint religioſa loca: age, nunc conſideremus, Edicta de his a Prætore propoſita. ſunt autem complura. primum in *l.* 2. §. 2. ab Ulpiano hiſce proditur verbis: *Sive homo mortuus, oſſave hominis mortui, in locum purum alterius, aut in id ſepulchrum in quo jus non fuerit, illata eſſe dicentur: qui hoc fecit, in factum actione, & pœnæ pecuniariæ ſubjicietur.* In hoc Edicto proponitur actio in factum. quando? ſi homo mortuus, oſſave hominis mortui, illata ſint in locum alterius purum, aut in id ſepulchrum, in quo jus non fuerit. Cum Prætor ait, *Homo*; nec diſtinguit hominem: obſervat Ulpianus, ea appellatione cum liberum, tum ſervum, complecti. *d. l.* 2. *pr.* Cum vero homini mortuo adjungit *oſſa hominis mortui*; puto, per hominem mortuum deſignat cadaver integrum; & per oſſa hominis mortui oſſa & cineres, ſeu reliquias, in urnam collectas combuſto corpore, Veterum more. hac ratione in *l.* 42. *h. t.* legimus, *corpus vel reliquiæ:* ut hic & §. 5. *d. l.* 2. *corpus & oſſa.* quod animadvertit Jacobus Gutherius *lib.* 3. *De jur. man. c.* 23. *pag.* 536. *& ſeq.*

Locum porro Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. in Edicto accipit, ſive in agro, ſive in ædificio: ſepulturis in agro fieri ſolitis, plerumque circa vias publicas, aliquando in mediis poſſeſſionibus. qua de re Johannes Kirchmannus, V. CL. *lib.* 2. *De funerib. Rom. c.* 22. Sed Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 2. in explicatione *Loci* non tantum agri meminit, verum etiam ædificii: quia ædificia & domunculæ ſepulchris & monumentis imponebantur. Res frequens in Inſcriptionibus; & annotata a Jacobo Gothofredo ad *l.* 4. *Cod. Theod. de ſepulchro violato*, & Jacobo Gutherio, *De jur. man. lib.* 2. *c.* 20. quibus addi poteſt Kirchmannus *lib.* 3. *c.* 15. At non fuit contentus Prætor, *Locum* dixiſſe: addidit, *Purum.* Dicitur autem purus locus, qui neque ſacer, neque ſanctus, neque religioſus eſt: ſed ab hujuſmodi nominibus vacare videtur *d. l.* 2. §. 4. *h. t.*

Sequitur in Edicto, *In locum purum alterius.* Ad hæc verba ſic ſcribit Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. *Hic ſermo domino dat actionem: non bonæ fidei poſſeſſori. nam, cum dicit, in locum alterius, apparet, de domino eum ſentire: id eſt de eo, cujus locus eſt.* Sic Ulpianus: & fraudi fuit Petro Fabro & Jacobo Gothofredo ad *l.* 136. *D. de reg. jur.* exiſtimantibus, hanc actionem ſoli domino dari: bonæ fidei poſſeſſori non dari: quaſi Lex (cujus mentio in *d. l.* 136.)

hic

hic ſit impedimento; nc bona fides tantumdem poſſidenti præſtet, quantum veritas. Mihi placet, Ulpianum *d.* §. 1. *l.* 2. loqui de actione directa ex Edicti verbis: nec idcirco utilem bonæ fidei poſſeſſori negare ex Edicti ſententia. ac juvat me: quod Ulpianus *l.* 8. §. 4. *h. t.* hanc accommodat etiam fructuario, vel qui aliquam, id eſt, aliam quam, ſervitutem habeat. Verba Ulpiani: *Nec ſolum domino hæc actio competit: verum ei quoque qui ejuſdem loci habet uſumfructum, vel aliquam ſervitutem.* Et cauſatur, *Quia jus prohibendi etiam hi habent.* Sic de fructuario Ulpianus. & quia de hoc eodem plane modo differit Scævola in *l. ult. h. t.* quid ni ſimile obſervatum putemus in bonæ fidei poſſeſſore: cum & ille habeat jus in re; & propter hoc Publicianam in rem actionem. Sed de talibus jam dictum ſupra ſub Titulo *De ſervo corrupto:* ubi quæſo vide.

Æque obſcurum eſt, quod in *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* porro ſcribit Ulpianus: *An & ſocius teneatur, ſi ignorante ſocio intulerit, tractari poteſt? eſt tamen verius, familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo conveniri eum poſſe.* In his verbis poſſit quæri, quid deſignet interrogatio, nulla ſequente reſponſione? At tu puta, Ulpianum ſignificare, ſocium, ſi mortuum ignorante ſocio in communem locum intulerit, actione in factum teneri. Formulæ tales affirmandi per interrogationem, non ſequente reſponſione, noſtris frequentes ſunt, & alibi eas notavi aliquoties In præſente vero caſu competere in factum actionem, ipſe de quo quærimus, Ulpianus auctor eſt *l.* 6. §. 6. *D. Commun. divid.* Præter hanc quæſtionem poteſt in *d. l.* 2. §. 1. etiam eſſe ſequens: utrum in propoſito ſocius tantum in factum actione teneatur, an etiam familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo? me judice, hoc mavult Ulpianus: ideoque ſic eum accipio, quaſi dicat, quamvis ſocius in propoſito actione in factum teneatur; eſt tamen verius, etiam familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo eum conveniri poſſe. Sic ſentio: & addam ex *l.* 39. *D. Pro ſocio* liquere, Pomponium hoc amplius etiam pro ſocio actionem adverſus eum concedere.

Pergit Prætor: *Aut in id ſepulchrum in quo jus non fuerit.* Proprie ſepulchrum dicitur in quo ſepultum eſt hominis mortui corpus: oſſuarium, ubi condita ſunt hominis oſſa. ſed Ulpianus *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* ſepulchrum accipit latius: ut & oſſuarium comprehendat. Illud probo: quod in §. 6. ſepulchrum diſtinguit a monumento. Hoc & Florentinus, ſed plenius *l.* 42. *D. h. t.* Verba Florentini: Monumentum generaliter res eſt memoriæ cauſa in poſterum prodita: in qua ſi corpus (id eſt, integrum cadaver) vel reliquiæ (id eſt, oſſa & cineres) inferantur; fiet ſepulchrum: ſi vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriæ cauſa factum quod Græci κενοτάφιον, id eſt, inane ſepulchrum appellant. In *d.* §. 5. addit Ulpianus, a Celſo ſic ſcribi: Non totus locus qui ſepulturæ deſtinatus eſt, locus religioſus fit, ſed quatenus corpus humatum eſt. quod obſervatum eſſe a Briſſonio *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 15. & Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 21. jam ſupra monui. Dat igitur Prætor actionem in factum, homine mortuo, aut ejus oſſibus illatis in alterius locum purum, aut in id ſepulchrum in quo jus non fuerit. quid, ſi facta ſit illatio in alterius arcam lapideam in qua mortuus non erit conditus? proprie non eſt facta in ſepulchrum, neque in locum alterius: & ideo ceſſante actione directa, danda erit utilis in factum actio: auctore Gajo *l.* 7. §. 1. *h. t.* Cæterum quæ ſint arcæ lapideæ vel arculæ, ut nominantur *l.* 39. *D. d. t.* vel ſarcophagi quo nomine deſignantur *l.* 37. traditum jam a Jacobo Rævardo *lib.* 2. *Var. c.* 4. nec ago actum.

Porro ait Prætor: *In quo jus non fuerit.* Hæc verba ſunt reſtringenda ad ſepulchrum, quod eſt nullius: cum locus purus alterius eſſe poſſit. Ut autem liqueat, cui ſit jus mortuum inferendi in ſepulchrum; age, dividamus ſepulchrorum genera. Sunt autem aliqua quæ quis ſibi ſoli facit, vel ſibi & conjugi, vel ſibi & certis perſonis. exempla occurrunt paſſim in Inſcriptionibus Veteribus. In his vero expedita res eſt, ſolis eſſe jus inferendi quibus id nominatim permiſſum fuit; aliis non eſſe. ſoletque talibus ſepulchris apponi pœna vel etiam execratio; ſi contra factum ſit. Præter hæc fuere ſepulchra communia, atque ipſa non unius generis: aut enim erant publica, aut privata. publica erant inopum deſtinata funeribus: quæ culinas vocata fuiſſe, auctor eſt Aggenus Urbicus *lib.* 1. *De limitib. agror. pag.* 60. privata attingit Gajus *l.* 5. *D. h. t.* dividens ea in familiaria & hereditaria. Hereditaria definit quæ quis ſibi heredibuſque ſuis conſtituit. Ex Ulpiano *l.* 6. ſubjicitur, vel quod paterfamilias jure hereditario adquiſiit. De his hereditariis ſolis, meo judicio, in *d. l.* 6. egit Ulpianus: deque his proinde, ſive a defuncto ipſo conſtitutis, ſive a patrefamilias adquiſitis jure hereditario, accipiendum eſt, quod ait Ulpianus, in utroque heredibus licere ſepeliri, & mortuum inferre: quod & placuit Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 13. etſi poſt Accurſium aliud viſum Antonio Fabro, *Rationalib.* Heredes autem Ulpianus accipit *d. l.* 6. ſive ex teſtamento ſint, ſive ab inteſtato. nec putat, referre, qua ex parte ſint heredes, licet minima: nec magis, utrum conſentiant alii, an non. nec tantum heredibus id jus concedit; ſed etiam cæteris ſucceſſoribus, qualeſcumque ſint: fac, poſſeſſores bonorum, & horum exemplo etiam quibus libertatum conſervandarum

gratia

gratia bona addicta fuerint *l.* 4. §. 21. *D. de fideicom. libert.* Illud non tacebo, quod heredis appellatione ſolus venit qui hereditatem adiit; non etiam cui hereditas ab eo ex fideicommiſſo eſt reſtituta: nam fideicommiſſarius licet heredis loco habeatur, non eſt heres. fiduciarius contra, etſi hereditatem reſtituerit, jure civili heres manet: & ita Paulus *l.* 42. §. 1. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* Simili ratione ait Ulpianus *l.* 33. *D. h. t.* Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata ſit ei quaſi indigno, magis eſſe, ut penes eum jura ſepulchrorum remaneant. Summa eſt, jus inferendi in hereditaria ſepulchra ſolis competere heredibus, non etiam aliis: præterquam liberis. nam his cujuſcumque ſexus vel gradus, etiam filiisfamilias, & emancipatis idem jus eſſe conceſſum: ſive extiterint heredes, ſive ſeſe abſtineant. Exheredatis autem, humanitatis gratia ſepeliri, non etiam alios, præter ſuam poſteritatem, inferre licere. Hoc, niſi teſtator ſpecialiter juſto odio commotus, eos inferri vetuerit *d. l.* 6. quale exemplum in teſtamento Auguſti refert Suetonius in *ejus vita c. ult.* Libertos autem nec ſepeliri, nec alios inferre poſſe, Ulpianus putat, niſi heredes extiterint patrono, quamvis quidam inſcripſerint, monumentum ſibi libertiſque feciſſe: & ita Papinianum reſpondiſſe, & ſæpe conſtitutum eſſe. Hactenus de ſepulchris hereditariis de quibus ſolis in *d. l.* 6. egit Ulpianus.

Nunc de familiaribus diſpiciamus: nam de his ille nihil egit. ſunt autem familiaria, ut ex Gajo dixi, quæ quis ſibi familiæque ſuæ conſtituit *d. l.* 5. Habet igitur jus in hæc inferendi quiſquis eſt de familia: non etiam qui de ea non eſt, licet ſit affinis, ſeu cognatus: niſi ſit inſtitutus heres *l.* 8. *C. h. t.* illi vero qui in familia ſunt, licet non ſint heredes, jus inferendi habent. ſed qui extra familiam ſunt, ut dixi, etiam habent jus inferendi, ſi ſint inſtituti *l.* 13. *C. d. t.* nam licet paterfamilias in ſepulchri conſtitutione tantum locutus ſi de ſe & familia ſua: cum tamen ſibi ſecit, etiam de herede qualicumque cogitaſſe intelligendus eſt: nimirum, quia per eum repræſentari voluit: hac ratione is, quamquam proprie ſit extraneus, tamen perinde quaſi in familia eſſet, haberi debet. De libertis quid dicemus? & his, quaſi de familia eſſent, jus inferendi concedunt Briſſonius *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 14. & Kirchmannus *d. lib.* 3. *c.* 13. ſed aliud viſum Antonio Fabro *Rationalib. ad d. l.* 6. & Gutherio *lib.* 3. *De jur. man. c.* 9. quod mihi magis placet, propter *l.* 6. *C. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Illata eſſe dicentur.* Illatio corporis aut oſſium in locum duplex eſt: una fit hac cogitatione, ut inde alio transferatur: altera, ut ibi ſepeliatur, & quaſi æterna ſede collocetur. de poſteriore quæ ſepulturæ cauſa fit, Prætorem cogitaſſe, Ulpianus cenſet *l.* 2. §. 3. *D h t.*

Sequitur in Edicto: *Qui hoc fecit, in factum actione tenetur, & pœnæ pecuniariæ ſubjicietur.* Cave, putes, poſtrema verba, *Et pœnæ pecuniariæ ſubjicietur*, eſſe Prætoris. non ita eſt. ſunt Ulpiani: Prætoris ſenſum referentis; ipſum ex parte tantum; non integrum. eſt hæc una mea conjectura. imo eſt altera quoque. quæ? ab Ulpiano duas indigitari actiones: unam ſpectare ad illationem factam in locum purum alterius: alteram ad illationem factam in ſepulchrum in quo jus non fuerit. Quod ad priorem attinet: ad eam in *l.* 2. §. 1. *h. t.* extant hæc Ulpiani verba: *Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur in factum actione.* Ulpianus ſignificat, domino a Prætore promitti actionem in factum adverſus eum qui in locum purum alterius vel hominem mortuum, vel ejus oſſa ſepulturæ cauſa vel ipſe intulit, vel inferri curavit. Ad quid? Ulpianus ſilet: ſed Gajus *l.* 7. *d. t.* ſic ſcribit: *Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præſtare cogitur per in factum actionem, quæ tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua eſt.* Sic Gajus: & valde obſervandum, quod non meminit pœnæ. ita meditate ſubjicit; quod illa actio tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua eſt. evidente documento, quod ex ejus ſententia non eſt pœnalis.

Hoc: ſi illatio mortui hominis, aut oſſium ejus, facta ſit in locum purum alterius. at ſi facta ſit in ſepulchrum quo inferenti non fuit jus inferre; alteram propoſuit Prætor actionem in factum ei ad quem res pertinet, adverſus eum qui intulit. ad quid? ut pœnæ pecuniariæ ſubjiciatur. quam ob cauſam? mihi talis ſuccurrit: quod ſepulchrum, propter religionem exemptum hominum commercio, neque dominum habet, neque æſtimationem recipit. Sic fit, ut ille qui illationem fecit in ſepulchrum, non teneatur domino, ut illatum tollat, aut æſtimationem pretii præſtet: quia ſepulchrum eſt nullius, nec recipit æſtimationem: ſed teneatur ei ad quem ea res pertinet, ad pœnam pecuniariam, tamquam reus ſepulchri violati: qualem haberi eum, Paulus auctor eſt *lib.* 1. *Sent. tit.* 21. §. 6. Quin ab ipſo obſervatum Ulpiano *l.* 3. §. 3. *D. de ſepulchro violato*, ſi quis quamvis heres, in hereditarium ſepulchrum forte contra voluntatem teſtatoris intulit, eum ſepulchri violati teneri. Præterea eſt a Macro *l.* 9. *D. eod.* traditum, quod de ſepulchro violato actio quoque pecuniaria datur. Mitto Macrum: ipſe Prætor. *l.* 3. *pr. d. t. Cujus*, inquit, *dolo malo ſepulchrum violatum eſſe dicetur, in eum in factum judicium dabo: ut ei ad quem pertineat, quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnetur.* Sic liquet, quid intendat Ulpianus *d. l.* 2. §. 2.

2. §. 2. *h. t.* confirmans, Prætorem edixiſſe, *Qui hoc fecit, actione in factum tenetur, & pœnæ pecuniariæ ſubjicietur.* Nam quod de actione in factum dicit, pertinet ad illationem in locum purum alterius factam. quod vero addit de pœna pecuniaria, coërcet illationem factam in ſepulchrum in quo jus non fuerit. Forſan audacior videar: arbitratus, poſterioribus Ulpiani verbis indigitari pœnam ſepulchri violati, a Prætore propoſitam in *d. l.* 3. Sed cogitent eruditiores, ne Edictum de ſepulchro violato fuerit hujus præſentis Edicti pars: ideoque hic ponendum explicandumque. Me enim movet, quod utrumque ab Ulpiano eſt eodem expoſitum lib. 25. ad Edictum: ut conſtat ex Inſcriptionibus *l.* 2. *D. h. t. & l.* 3. *D. de ſepulch. violat.*

Ex eodem libro eſt etiam Edictum in *l.* 8. §. 2. *h. t.* atque, ut mihi videtur, ſuperioris portio. ejus ſenſum talem prodit Ulpianus: *Si in locum publicis uſibus deſtinatum intulerit quis mortuum, Prætor in eum judicium dat, ſi dolo fecerit;* [&] *erit extra ordinem plectendus, modica tamen coërcitione: ſed, ſi ſine dolo, abſolvendus eſt.* Quam Ulpianus vocat *Modicam coërcitionem*, ſine dubio illa eſt, quæ dicitur juriſdictioni, ſeu mixto imperio cohærere *l. ult.* §. 1. *D. de offic. ejus. cui mand. eſt juriſd.* Conſtat illa remediis prætoriis: id eſt, mulctæ dictione & pignoris captione *l.* 1. §. 3. *D. de ventr. inſpic.* merum enim imperium Præfecti Urbi, non Prætoris, fuiſſe, jam ſatis notum eſt. Recte autem dicit Ulpianus, ſi dolo fecerit, *extra ordinem* plectendum eſſe; id eſt, non dato Judice, ſed cognitione Prætoria: alterum enim jure ordinario, alterum extra ordinem exerceri, jam olim demonſtravi *lib.* 1. *De juriſdictione & imperio.*

Aliud Edictum ad locum religioſum ſimiliter pertinens ex eodem lib. 25. Ulpiani occurrit in *l.* 8. §. 1. *h. t.* in hæc verba: *Si locus religioſus pro puro veniſſe dicetur, Prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet. quæ actio & in heredem competit, cum quaſi ex empto actionem contineat.* Proponitur a Prætore actio in factum, ſi locus religioſus pro puro veniſſe dicatur: atque ea datur ei ad quem ea res pertinet, adverſus venditorem ejuſque heredem. ad quid? non dicit Ulpianus: ſed videtur id quod intereſt deſignare: quando dicit, eam continere quaſi ex empto actionem: quam ad id quod intereſt competere, certi juris eſt.

Secunda Rubricæ pars eſt, *De ſumptibus funerum:* de quibus ſequens apud Ulpianum *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* reperitur Edictum: *Quod funeris cauſa ſumptus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* Hoc Edictum putat Ulpianus *d. l.* 12. §. 3. eſſe juſta ex cauſa propoſitum: videlicet, ut qui funeravit, perſequatur id quod impendit. ſic enim fieri, ne inſepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur. hoc efficit, ne alterius ſepultura alteri oneroſa ſit: illud ſpectat ad procurandam defuncto quietem perpetuam: exiſtimante Veterum ſuperſtitione, infelicem eſſe defuncti ſtatum, inſepulto corpore. attigi ſuperſtitionem *lib.* 2. *Obſerv. c.* 2.

Actio quæ in hoc Edicto proponitur, ab Ulpiano in *l.* 14. §. 6. vocatur funeraria: ut autem locum habeat, funeris cauſa ſumptum factum eſſe oportet. ſic enim loquitur Prætor: *Quod funeris cauſa ſumptus factus erit.* De aliis ſumptibus non loquitur. Vidit hoc Ulpianus *d. l.* 14. §. 6. teſtatus, eam actionem continere funeris cauſa impenſam, non etiam cæterorum ſumptus. pone, factos in curandum defuncti morbum. Aliquem moveat *l.* 3. *C. h. t.* Sed fruſtra: quia ut facti ſint in morbum ex quo ſecuta mors ſit: at funeris cauſa facti non ſunt. repetantur igitur actione negotiorum geſtorum credendi animo facti, ſed actione funeraria non repetentur: quia de his præſens tacet Edictum: ac ſecundum hoc accipienda *d. l.* 3.

Ut igitur intelligatur, quis ſumptus funeris cauſa factus eſſe dicatur, ſubjiciam ex *l.* 14. §. 3. *h. t.* ſequentia Ulpiani verba: *Funeris cauſa ſumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, ſine quo funus duci non poteſt.* Funus ducere Ulpiano eſt, mortuum efferre, exſequias ducere. nam funus Donato ad Terentium, *Andria* 1. 1. eſt, funeralis pompa: ita optime Ulpianus pro exemplo ſumptus facti funeris cauſa ponit: *Si quid impenſum eſt in elationem mortui.* Non minus tamen recte addit: *Si quid in locum fuerit erogatum in quem mortuus inferetur, funeris cauſa videri impenſum, Labeonem ſcribere: quia neceſſario locus paratur in quo corpus conditur.* Idem *de pretio loci* cenſet Macer *d. l.* 37. *h. t.* atque in §. 1. etiam nominat *munimentum ſepulchri.* Florentiæ editur, *monimentum.* ſed apud Haloandrum eſt *munimentum:* quod probat Elbertus Leoninus, Vir doctus ac ſapiens, *lib.* 3. *Emend. c.* 10. hoc & ſuadent ſequentia loci verba: *Munimentum autem ſepulchri id eſſe Divus Hadrianus reſcripſit, quod cauſa muniendi ejus loci factum ſit in quo corpus impoſitum ſit. itaque ſi amplum quid ædificari teſtator juſſerit, veluti in circuitu porticationes, eos ſumptus funeris cauſa non eſſe.* Superioribus addit Ulpianus §. 4. *l.* 14. impenſam peregre mortui quæ facta eſt, ut corpus perferretur. Macer *d. l.* 37. *pr.* dicit vecturam. & ait Ulpianus, hanc funeris eſſe, licet nondum humo funeretur. idemque eſſe, & ſi quid ad corpus cuſtodiendum, vel etiam commendandum factum ſit, vel ſi quid in marmor, vel veſtem collocandam. Per marmor intellige ſarcophagum cujus mentio in *d. l.* 37. Quod dicit de veſte collocanda, Græci explicant veſtitum. locutionem attingit Gutherius *lib.* 3. *c.* 19. rem & morem

Kitch-

Kirchmannus *lib.* 1. *c.* 10. Verba, *Si quid ad corpus cuſtodiendum*, poſſunt illuſtrari pulchro Apuleji loco *lib.* 2. *Metamorph.* cui adde ſis Kirchmannum *d. lib.* 1. *c.* 12. Quod vero ait Ulpianus, Ad commendandum corpus: id eſt, ad corpus interim deponendum. nam commendare eſt, deponere. & exemplum in *l.* 40. *D. h. t.* item in vetere Inſcriptione apud Cujacium *lib.* 2. *Obſerv. c.* 17. & Gutherium *lib.* 2. *De vet. jur. Pontif. c.* 9. Adfert præter ſuperiora Macer in *l.* 37. etiam unguenta & vectigalia. De unguentis nihil addo: mortuorum unctura ſatis nota cum ex aliis, tum ex adductis a Kirchmanno *d. lib.* 1. *c.* 7. Vectigalium obſcurior ratio: quando Florentiæ legitur, *Vectigalia*: ſed apud Haloandrum eſt, *Veſtiaria.* illam ſcripturam præfert Cujacius *lib.* 5. *Obſerv. c. ult.* hanc Leoninus *lib.* 3. *Emend. c.* 10. Me auctore, in medio relinquetur diſcidium: ſiquidem vectigalia pro tranſitu ſolvebantur in pontibus ac viis; nec ſatis cauſæ, cur ab his libera eſſent cadavera. eadem veſtibus tecta atque ornata efferebantur. ita potuit utraque impenſa funeris haberi. De veſtibus dictum ſupra: de vectigalibus aliquid in *l.* 21. *D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 60. §. 8. *D. Locati.* & in hoc Senecæ, *De conſtant. ſapient. c.* 14. *Nec indignabitur aliquid impendere, ut limen tranſeat, cogitans & in pontibus quibuſdam pro tranſitu dari.*

Oſtendi, quando locum habeat funeraria actio; etiam ad quid detur: cum ſic edicat Prætor, *Quod funeris cauſa ſumptus factus erit*; & ſubjiciat, *Ejus recuperandi cauſa judicium dabo.* Illud quæri poſſit; an in infinitum competat? Negat Ulpianus *l.* 14. §. 6. *D. h. t.* qua ratione? quia hæc actio ex bono & æquo oritur. æquum autem, inquit Ulpianus, accipitur ex dignitate ejus qui funeratus eſt, ex cauſa, ex tempore, ex bona fide; ut neque plus imputetur ſumptus nomine quam factum eſt, neque tantum quantum factum eſt, ſi immodice factum eſt. Sic placet Ulpiano, haberi rationem facultatum ejus in quem factum eſt: & ipſius rei quæ ultra modum ſine cauſa conſumitur. Eſto: ſi nihil ipſe definiverit teſtator. ſed quid, ſi juſſerit fieri, & ex voluntate ejus impenſum eſt? ait Ulpianus, nec voluntatem ſequendam, ſi res egrediatur juſtam rationem. Ab hac cauſa idem in §. 5. *d. l.* 14. ſic ſcribit: *Non oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud hujuſmodi quod homines ſimpliciores faciunt.* Morem notat Ulpianus: & exemplum apud Scævolam *l.* 40. §. 2. *D. de aur. arg. mund.* ſed, ut Ulpianus ait, ſimpliciorum; id eſt, ſtultorum, & ideo improbandum. quod & Marciano viſum *l.* 113. §. 5. *D. de legat. lib.* 1. nec aliter Lucianus, *Nigrino*, *pag.* 62. *tom.* 1. verba Luciani. *Illa vero etiam interea cum ab eo dicerentur, riſu proſequi coactus ſum, quod & ſecum ſepeliri ignorantiam ſuam velle eos ajebat, & ſtultitiam ſuam aperte ſcripto etiam teſtari, dum alii veſtes quibus in vita pretioſioribus uſi ſunt, comburere eodem rogo ſecum mandant: alii autem & ſervos certos ad ſepulchra adſtare, rurſum alii cippos, ſive columnas quoque coronari ſertis præcipiunt, ſtolidi videlicet in ipſa morte manentes.* Elegans hoc exemplum temperandi ſumptus funeris, etiam adverſus voluntatem defuncti. ſed quod ex Macro ſequitur *l.* 37. *h. t.* non minus elegans: Verba Macri, ut ſupra emendata ſunt, appoſui: *Munimentum autem ſepulchri id eſſe Divus Hadrianus reſcripſit, quod cauſa muniendi ejus loci factum ſit, in quo corpus impoſitum ſit. itaque ſi amplum quid ædificari teſtator juſſerit, veluti in circuitu* (Florentiæ eſt, *in circum*) *porticationes, eos ſumptus funeris cauſa non eſſe.* Rationis erat, ſepulchrorum, quia in agris erant, munitiones ſeptaque fieri vel a vivo teſtatore, vel poſt ejus mortem, ab herede aut alio, ex mandato defuncti. erant autem (ut jam obſervarunt Gutherius, *lib.* 2. *De jur. man. c.* 30. & *lib.* 3. *c.* 4. Kirchmannus *lib.* 3. *De funerib. Rom. c.* 17. & Reineſius *ad Inſcript.* 112. *claſſ.* 6. & *Inſcript.* 16., *claſſ.* 7.) hæ munitiones aliquando ſepes ſerreæ, plerumque maceriæ, ſeu muri, pro hominum ingenio, luxuria, conditione pulchri atque ornati aut etiam rudes, vileſque. addebantur ſilvæ, vineæ, horti, ambulationes ſubdiales, porticationes, ſeu porticus, ædificia. In hæc impenſas quas vellet, pro ſuo arbitrio faciebat vivus teſtator, & poſt ejus mortem, heres. id jus alius non habebat: ne mandatu quidem teſtatoris. contra tenebatur ille in his, ſervare modum. eum ſi egrederetur, non videbatur facere ſumptum funeris cauſa, nec eo nomine habebat actionem funerariam. Is ſenſus Macri *d.* § 1. *l.* 37. Oportebat igitur ſumptum funeris cauſa fieri pro dignitate defuncti, & facultatibus ejus: non ultra *d. l.* 14. §. 6. & *l* 12. §. 5. *h. t.* imo nec infra modum eum: nam nec hoc æquum pati, clare Ulpianus *d. l.* 14. §. 10. confeſſus, *Judicem qui de ea æquitate cognoſcit, interdum ſumptum omnimodo non debere admittere, modicum factum, ſi forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus ſit: nam non debet hujus rationem habere, cum contumeliam defuncto feciſſe videatur ita eum funerando.* Eſt & tertius caſus in quo is qui ſumptum fecit in funus, ſumptum non recipit. is caſus Ulpiano eſt, ſi ſumptus factus ſit pietatis gratia *d. l.* 14. §. 7. *h. t.* id eſt, ex officio humanæ conjunctionis; ſuadentis, hominem inſepultum liberari miſeria in qua eum, donec ſepeliretur, eſſe vetus ſuperſtitio exiſtimabat. id officium alio nomine dici humanitatem, affectionem, miſericordiam, ex ſequentibus ibidem intelligitur; & alias multis tradit Petrus Faber, *lib.* 1. *Semeſtr. c.* 1. Quærentibus igitur, ſumptu in funus facto,

an ſit funerariæ locus: diſtinguit Ulpianus; utrum ſit repetendi animo, an pietatis intentione factus. priore caſu non moratur funerariam actionem: poſteriore eam recuſat. Huc uſque certa Ulpiani verba. ſequentia laborant. *Erit igitur æſtimandum ab arbitro & perpendendum, quo animo ſumptus factus ſit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipſius humanitatis; an vero miſericordiæ vel pietati tribuens vel affectioni.* Sic in omnibus editionibus. at obſcuro ſenſu. quem illuſtrare conatus eſt Petrus Faber *d. loc.* non ſatis apte ad Ulpiani verba: quibus convenire explicationem oportet. potius accedam Deſiderio Heraldo *lib. Obſervat. c.* 34. pro, *vel ipſius humanitatis*, reponenti, *vel ipſius hereditatis:* & ei ſuffragatur Hugo Grotius, *Flor. ſparſ.* Heraldi tamen conjecturam improbat Salmaſius: ipſe ſuſpicatus: *Utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit; an vero ipſius humanitatis, vel miſericordiæ, vel pietati tribuens, vel affectioni.* aut ita; *an vero ipſi humanitati vel miſericordiæ tribuit, vel affectioni.* Sic Salmaſius, *Ad jus Attic. c.* 25. Non damno: etſi prætteram Heraldi correctionem. Ut ut erit; commode Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 20. Verba ejus. *Patrem alicujus in ſolitudine exanimem inveni, corpus ejus ſepelivi. nec illi profui (quid enim illius intererat, quo genere dilaberetur?) nec filio. quid enim per hoc commodi acceſſit illi? dicam, quid conſecutus ſit: officio ſolemni & neceſſario per me functus eſt. Præſtiti patri ejus quod ipſe præſtare voluiſſet, nec non & debuiſſet. Hoc tamen ita beneficium eſt, ſi non miſericordiæ & humanitati dedi, ut quodlibet cadaver abſconderem: ſed ſi corpus adgnovi, ſi filio tunc hoc præſtare me cogitavi. At ſi terram ignoto mortuo injeci, nullum habeo hujus officii debitorem, in publicum humanus.* Hoc Seneca. *Poteſt tamen* (ſic pergit Ulpianus) *diſtingui & miſericordiæ modus* (in quibuſdam libris eſt, *motus*) *ut in hoc fuerit miſericors vel pius qui funeravit, ut ſepeliret, ne inſepultus jaceret, non etiam ut ſuo ſumptu fecerit. Quod ſi Judici liqueat: non debet eum qui convenitur, abſolvere. quis enim ſine pietatis intentione alienum cadaver funerat. Oportebit igitur teſtari quemque, quomodo funerat: ne poſtea patiatur quæſtionem.*

Vix opus addi, cui detur funeraria actio: ultro manifeſto, quod Ulpianus *l.* 12. §. 3. *h. t.* hoc Edictum, inquit, eſſe juſta ex cauſa propoſitum, ut qui funeravit, perſequatur id quod impendit. Et tamen fuit aliquando dubitatum; an ei qui funeris cauſa ſumptum fecit, omnino danda ſit funeraria actio. eos caſus proponit & ſolvit Ulpianus *d. l.* 14. §. 11. 12. 13. 14. 15. & 16. nec inutile erit, conſideraſſe: ſed ut carent difficultate: quæſo, permittas mihi, tantum excerpere ex *d.* §. 14. ſequentia verba: (*Divus autem Marcus reſcripſit, Eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem teſtator elegit, non recte facere: pœnam tamen in eum ſtatutam non eſſe*) & in his obſervare exemplum imperfectæ legis. quale notatum a Livio *lib.* 10. *c.* 9. in his ejus verbis: *Valeria lex, quum eum, qui provocaſſet, virgis cædi, ſecurique necari vetuiſſet, ſi quis adverſus ea feciſſet, nihil ultra, quam improbe factum adjecit. Id (qui tum pudor hominum erat) viſum, credo, vinculum ſatis validum legis. nunc vix ſerio ita minetur.*

Sequitur, adverſus quem detur actio funeraria. datur vero *In eum ad quem ea res pertinet.* Sic Prætori viſum. At quis ille? Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. §. 10. ſcribit: *Qui alienum mortuum ſepelierit, recipere id ab herede, vel a patre, vel a domino poteſt.* Primum ait Paulus, funerariam dari adverſus heredem. Ulpianus *l.* 14. §. *ult. h. t.* addit bonorum poſſeſſorem, cæteroſque ſucceſſores: & in *l.* 15. mox ſubjicit Pomponius, Funeris impenſam & patronum qui bonorum poſſeſſionem petit contra tabulas, præſtare. amplius ait Paulus, funerariam competere in patrem cujus in poteſtate fuerit is cujus funus factum erit, & quidem pro dignitate & facultatibus *l.* 21. *h. t.* ita fit; ut funus filii dicatur, æs alienum patris *l.* 19. *D. de in rem verſo.* quid, ſi miles ſit filiusfamilias, & habeat caſtrenſe peculium? putat Ulpianus, ſucceſſores ejus, nempe in caſtrenſe peculium, facto de eo teſtamento, ante teneri, ſic deinde ad patrem veniri *l.* 31. *h. t.* Tertio ait Ulpianus *d. l.* 31. §. 1 Qui ſervum alienum, vel ancillam ſepelivit, habere adverſus dominum funerariam actionem. Item in *l.* 16. *h. t.* confirmat Ulpianus, quod in eum ad quem dotis nomine quid pervenerit, Prætor dat funerariam actionem: & cauſatur, æquiſſimum viſum eſſe Veteribus, mulieres quaſi de patrimoniis ſuis, ita de dotibus funerari: & eum qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, ſive pater mulieris eſt, ſive maritus. Papinianus vero *l.* 16. ſubjicit: quod ſi nondum pater dotem recuperaverit, vir ſolus convenietur: reputaturus patri quod eo nomine præſtiterit: videlicet, quia impenſa funeris eſt æs alienum dotis: auctore Juliano *l.* 18. *h. t.* ideoque etiam dotem ſentire hoc æs alienum debere, Ulpianus ait *l.* 19. *D. d. t.*

Expoſita eſt funeraria actio: nondum privilegium impenſæ funeris indultum ante alia defuncti debita favore religionis: qui eſt ſummus. Id privilegium Scævola *l. ult.* §. 2. *h. t.* vocat funerarium. quale vero ſit, parum convenit inter Interpretes: aliis exiſtimantibus, impenſam funeris tantum omnibus præferri perſonalibus defuncti creditoribus: aliis contra, etiam hypothecariis. Ut verum inveniatur, conſideranda ſunt Mæciani verba, pro utraque parte adferri ſolita. verba Mæciani in *l.* 45. hæc ſunt: *Impenſa funeris ſemper ex hereditate deducitur quæ etiam omne creditum ſolet præcedere.* Duo dicit Mæcianus:

pri-

primum, impenſam funeris ex hereditate ſemper deduci. Hoc vero quid ſignificat; niſi perſonale eſſe ejus privilegium: aut enim me fugit ratio, aut Mæcianus indigitat, impenſam funeris tantum de eo quod cum effectu in hereditate eſt, deduci. at hoc de pignoribus a defuncto obligatis dici nequit. nam creditor poteſt ea, ſi velit, ex defuncti hereditate auferre actione hypothecaria. igitur vi ipſa ex ejus hereditate exierunt: licet interim manſerit rei pignoratæ dominus *l. 9. C. de pign. act.* nam & in bonis creditoris dicuntur *l. 49. D. de verb. ſignif.* in ejuſque præjudicium illa alienare debitor nulla ratione poteſt *l. 15 C de pignorib. l. 10. C. de remiſſ. pign.* De pignoribus igitur non deducitur funeris impenſa: quia illa ſemper deducitur de eo quod eſt in hereditate: in qua, ut dixi, pignora non ſunt; cætera bona ſunt: ideoque hæc non vindicantur a creditoribus debitum petentibus; ſed propter hoc ipſe convenitur debitor; ex his æri alieno ſatisfacturus. Æque aut magis clarum eſt alterum Mæciani argumentum in bis verbis: *Quæ etiam omne creditum ſolet præcedere, cum bona ſolvendo non ſint.* Mæcianus non dicit, impenſam funeris præcedere omne pignus: ſed omne creditum. ſub eo vero nomine proprie exauditur perſonale creditum. *l. 11. l. 12. & l. 13. D. de verb. ſignif.* præfertur igitur funeris impenſa, ſecundum Mæcianum, omnibus creditis actione perſonali petendis: ſed non præfertur pignoribus & hypothecis, quæ ſunt jura creditorum: non ſolita peti actione in perſonam; ſed actione in rem. Ac neſcio, an hoc quoque velit Paulus *lib. 1. Sentent. tit. ult.* *Quidquid*, inquiens, *in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur.* at enim obſtat Ulpianus *l. 14. §. 1. h. t.* Niſi ſpeciale jus eſt in invectis & illatis: in quibus cum ad funus venitur, non videtur hypotheca eſſe, quamdiu ex his nihil pignoris jure præcluſum eſt. adeo colono vel inquilino mortuo, ſi non ſit, unde funeretur, ex invectis & illatis eum funerari, & quod ſuperfluum remanſerit, hoc pro debito teneri, ne miremur. nam & alienare, quæ velit, ex inductis & illatis poteſt, antequam a domino prædii pignoris jure percluſa ſint *l. 9. D. In quib. cauſ. pign. tac.* quia ante non intelligitur, quid ex his pignoris jure teneatur. Id vero quando fiat, ab uno pendet locatore: qui ſi id non fecit, vivo conductore; eo mortuo, non debet ægre ferre, ex inductis, illatis, invectiſve ad eum funerandum ſumi, quantum ſufficit; ſi aliunde ſuſtineri hæ impenſæ nequeant. imputet enim ſibi; cur non juſſerit, inducta, illata, invecta, vivo colono aut inquilino, pignoris jure præcludi. quod ſi feciſſet, eo invito, funeris ſumptibus ea ſumi non potuiſſent.

Tertia pars Rubricæ eſt, Ut funus ducere liceat. Ducere funus eſt, funus efferre, ut ſupra oſtenſum. ad rem ſpectat hoc Ulpiani *l. 38. D. h. t.* *Ne corpora aut oſſa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, neve prohiberentur, quo minus via publica transferrentur, aut quo minus ſepelirentur, Præſidis provinciæ officium eſt.* Quid hic ſignificet Ulpianus, quis melius ipſo interpretetur Ulpiano? is *l. 3. §. 4. D. de ſepulchro violato* ait, corpora mortuorum non perpetuæ ſepulturæ tradita poſſe transferri, Edicto D. Severi contineri: eoque mandari; ne detineantur, aut vexentur, neve prohibeantur via publica transferri per territoria oppidorum: &, ſi prohibeantur transferri aut ſepeliri, Præſidis officium eſſe, ne id fiat. ac ne quis putet, id demum jus eſſe, impetrata tranſlatione ab eo cui id permittendi jus ſit: porro ſubjicit Ulpianus, idem eſſe, etſi nulla talis permiſſio intervenerit: Divum autem Marcum reſcripſiſſe, Nullam pœnam meruiſſe eos qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: quamvis talia fieri ſine permiſſu eorum quibus permittendi jus eſt, non debeant. Hæc, ſi non perpetuæ ſepulturæ traditum corpus ſit: quomodo etiam acceperim *l. 10. C. h. t.* Cæterum ait Marcianus *l. 39. h. t.* Divos Fratres, Edicto admonuiſſe, Ne juſtæ ſepulturæ traditum, id eſt, ne terra conditum, corpus inquietetur. Videri autem terra conditum, & ſi in arcula conditum hoc animo ſit, ut non alibi transferatur. ſed arculam ipſam, ſi res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non eſſe denegandum. Quod Marcianus ait, *Si res exigat*; id eſt, ſi neceſſaria & juſta adferatur cauſa: nam ea ſi allegetur, impetrari tranſlatio corporis aut reliquiarum poteſt, & debet, in Urbe quidem a Principe *l. 14. C. h. t.* aut Collegio Pontificum; in Provinciis autem a Rectore *l. 1. C. d. t.* id enim obtinuit, opinor, arrepta occaſione Reſcripti Trajani apud Plinium *lib. 10. Epiſt. 37.* Eſt autem ibidem, ut & in *d. l. 1.* exemplum cauſæ juſtæ & neceſſariæ, ſi vi fluminis reliquiæ contingantur, aut propter injuriam vetuſtatis, ſive propter metum ruinæ, ut eſt apud Paulum *lib. 1. Sentent. tit. 21.* & addit Paulus; quod ob incurſum fluminis, vel metum ruinæ, corpus jam perpetuæ ſepulturæ traditum, ſolemnibus redditis ſacrificiis, per noctem in alium transferri locum poteſt. plura non adſcribo: quia jam occupavit pleraque Kirchmannus *lib. 3. De fun. Rom. c. 25.* & Gutherius *lib. 2. De vet. jur. Pontific. c. 9.*

Fuit & alia non infrequens vexandi detinendique cadaveris cauſa, prætextus debiti: creditore petente ſolutionem, vel pignus, vel fidejuſſores, quibus de debito fieret ſecurus: ac neſcio; an voluerit Ulpianus ne illa vexatio admittatur, ad curam Præſidis pertinere. Meminit iſtius vexationis

Ambroſius, *De Tobia*, *c.* 10. ac prohibita improbataque tandem a Juſtino *l.* 6. *C. de ſepulchro violato:* ut obſervatum a Gutherio *lib.* 3. *De jur. man. c.* 22.

TITULUS VIII.

De mortuo inferendo & ſepulchro ædificando.

Hujus Tituli qui eſt portio ſuperioris, partes duæ ſunt: una eſt de mortuo inferendo, altera de ſepulchro ædificando. ad priorem pertinet ſequens interdictum ex *l.* 1. *h. t.* *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus eſt, quo minus illi eo eave mortuum inferre, & ibi ſepelire liceat, vim fieri veto.* Hoc interdictum prohibitorium eſſe, palam eſt *d. l.* 1. §. 4. vetante Prætore, vim fieri volenti, mortuum inferre & ſepelire ibi, ubi ei jus ſit inferre & ſepelire, invito prohibente. Nec quem turbet, quod ſepulchrum non eſt noſtri dominii *l.* 1. *D. Si ſervit. vindic.* imo eſt nullius in bonis *l.* 6. §. 2. *D. de rer. diviſ.* Etenim bene & vere poteſt dici, quod nemo poteſt ſepulchrum ſuum vindicare jure dominii; nec in eo habere jus alienandi, aut ei imponendi ſervitutem: cum ſit humano commercio exemptum. ſed non æque poteſt dici, quod nemo idcirco poteſt habere jus ad illationem & ſepulturam mortui in ſepulchro, ipſumque ad heredes tranſmittere. Res certa in *l.* 4. *C. de religioſis.* Et legitur in *l.* 14. *C. de legatis*, Monumenta quidem legari non poſſe, manifeſtum eſſe: jus autem mortuum inferendi legare, neminem prohiberi. Præterea ait Ulpianus *l.* 33. *D. de religioſis*, Si quis fuit heres, deinde hereditas ei ablata ſit, magis eſſe, ut penes eum jura ſepulchrorum remaneant. Paulus quoque obſervat *l.* 42. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* Reſtituta hereditate, jura ſepulchrorum apud heredem remanere. Ut igitur negari nequeat, ſepulchrum non eſſe in commercio, eoque modo eſſe nullius: nihilominus poteſt quis habere jus inferendi in ſepulchrum; & hoc modo id quaſi ſuum dicere. Enimvero interdictum de mortuo inferendo dicitur continere cauſam veluti proprietatis *l.* 2. §. 2. *D. de interdictis.* Ea etiam ratione prohibitus meo uti ſepulchro, utar hoc interdicto: quemadmodum, ſi quid in eo fiat, poſſum experiri interdicto Quod vi aut clam, quamquam alioquin nemo ſepulchri dominus eſt *l.* 13. §. 5. *D. Quod vi aut clam.* Illud quale, quod Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* ſic ſcribit? *Interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis uti poteſt, quod etiam de loco puro competit.* Mihi videtur hoc optimo dici ſenſu. quando? ſi quis habeat ſepulchrum in fundo ſuo; ut in *l.* 22. & 24. *D. de contrah. empt.* nam tale ſepulchrum ſeparatim vendi nequit, ut per ſe nullius eſt: at quatenus accedit fundo, qui eſt proprius, quaſi proprium habetur: &, fundo vendito, ſi non fuerit exceptum, emptorem ſequitur; venitque per conſequentiam, cum principaliter non vendatur. Minus dubium habet; quod in *d. l.* 2. §. 2. porro ſubjicit Ulpianus, *Quod etiam de loco puro competit.* Senſus Ulpiani, Hoc interdictum de mortuo inferendo etiam competere domino proprietatis; ſi prohibeatur mortuum inferre in locum purum qui ſit pleno jure atque in ſolidum ejus proprius: videlicet, quia oportet eum ſuæ rei eſſe moderatorem atque arbitrum. Sed quid, ſi habeat nudam proprietatem, & uſusfructus ſit alterius? Movet dubitationem: quod dominus proprietatis; invito fructuario, non facit locum religioſum: niſi forte ipſum qui uſumfructum legaverit, intulerit; cum in alium locum inferri tam opportune non poſſet *l.* 2. §. 7. *D. de religioſ.* Nihil hoc mutare, auctor eſt Papinianus *l.* 43. *D. eod. tit.* Eſſe, inquiens, perſonas quæ quamquam religioſum locum facere nequeant, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. ac ne deeſſet exemplum; eſſe tale, inquit: ſi dominus proprietatis in fundum cujus fructus alienus eſt, mortuum inferat, aut inferre velit. nam ſi intulerit; non facere juſtum ſepulchrum: ſed ſi prohibeatur inferre; utiliter interdicto qui de jure dominii queritur, agere. quam ob rem? ne corpus inſepultum jaceat, donec alius inveniatur locus æque opportunus. Idem eſſe ait Papinianus in ſocio qui in fundum communem, invito ſocio, mortuum inferre vult. Nam nec hoc convenit regulæ juris quam Papinianus indigitat ſtrictam rationem: quo nomine & alibi eam vocari, annotavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 1. Sed regulæ juris, ſive ſtrictæ rationi, præſtare favorem religionis, Papinianus ait. Regula juris erat, quod in pari cauſa potior eſt conditio prohibentis. favor religionis erat publica utilitas, ne inſepulta jacerent cadavera. propter hanc ait Papinianus, ſtrictam rationem inſuper habemus: id eſt, (ut Cujacius interpretatur *lib.* 3. *Obſerv. c.* 22.) omittimus & negligimus. addit Papinianus, Summam eſſe rationem quæ pro religione facit.

Igitur non vult Prætor, habentem jus inferendi mortuum, prohiberi, eo eave quo quave illi jus eſt, mortuum inferre. Hæc autem verba, *quo quave*, item *eo eave*, credi vult Ulpianus, illuc pertinere; ut ſive quis prohibeatur in locum ſepulturæ inferre, ſive in itinere arceatur, videatur prohiberi, mortuum inferre *l.* 1. §. 1. *h. t.* Et exemplum ponit Ulpianus in §. 3. Si, inquiens, mihi in fundo via debeatur in quem fundum inferre volo, & via prohibear, hoc interdicto

poſſe

poſſe me experiri placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor. idque erit probandum; ſi alia ſervitus debeatur. Hoc; ſi debeatur via ad fundum. at finge: aliquis habet ſepulchrum: viam ad ſepulchrum non habet, & a vicino ire prohibetur. Ea quæſtio tractatur ab Ulpiano in *l.* 12. *D. de religioſis*, ſane elegante & hic digna exponi; niſi eam expoſuiſſem *lib.* 1. *De Uſufructu c.* 8.

Præter interdictum de mortuo inferendo, quod eſt in *l.* 1. *h. t.* etiam propoſita a Prætore eſt actio in factum ei qui prohibitus ſit mortuum inferre in locum eum quo ei inferendi jus ſit, etſi non ipſe prohibitus ſit, ſed procurator ejus: quia intellectu aliquo ipſe prohibitus videtur *l.* 8. §. *ult. D. de religioſis.* Venit autem in hanc actionem, quanti interfuerit actoris, prohibitum non eſſe: in eamque computationem cadit loci empti pretium, aut conducti merces, item ſui loci pretium, quem quis, niſi coactus, religioſum facturus non eſſet. Sed quemadmodum ea actio ipſi datur qui ſit prohibitus, & adverſus prohibentem: ſic putavit Gajus, eam neque heredi, neque adverſus heredem dari *l.* 9. *D. d. t.* & ait ibidem, hoc conſtare: nempe inter omnes Juriſconſultos: ſed ſe mirari, quare conſtare videatur. ſubjecta hac mirandi cauſa: *Nam ut apparet, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipſos competit.* Igitur perſuadet ſibi Cujacius *lib.* 8. *Obſerv. c.* 12. hic eſſe exemplum ejus quod dicitur in *l.* 21. *D. de legibus*, Non omnium quæ a majoribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe. Alia inciderunt Antonio Fabro, *Rationalib. ad d. l.* 9. & Jacobo Gutherio *lib.* 3. *De jur. man. c.* 16. Sed mihi placet Cujacii ſententia. Occaſione *d. l.* 9. non debui omittere, quod in ea præterea monuit Gajus, liberum eſſe ei, qui prohibeatur mortuum, oſſave mortui, inferre, aut ſtatim uti interdicto quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre, & poſtea in factum agere, quanti ejus interfuerit, non eſſe prohibitum. Tantum de priore Rubricæ parte.

Poſterior eſt De ſepulchro ædificando. eoque in *l.* 1. §. 5. *h. t.* ſpectat ſequens interdictum: *Quo illi jus eſt invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco ſepulchrum ſine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto.* Hoc quoque interdictum eſſe prohibitorium, oſtendit verbum, *veto*, quo utitur Prætor. Ulpianus vero §. 6. *d. l.* obſervat, hoc interdictum propterea eſſe propoſitum: quia intereſt religionis monumenta exſtrui & exornari. Et eſt ſic reſcriptum a Gordiano *l.* 7. *C. de religioſis: Statuas ſepulchro ſuperimponere, vel monumento quod a te exſtructum profiteris, ornamenta quæ putas, ſuperaddere non prohiberis.* Ac placet ſubjecta ratio: *Cum jure ſuo eorum quæ minus prohibita ſunt, unicuique facultas libera non denegetur.* Conceditur igitur interdictum de ſepulchro ædificando ei qui habet jus inferendi mortuum, invito prohibente. auctor Ulpianus §. 7. *d. l.* 1. Datur vero adverſus eum qui prohibet, ſepulchrum ædificari eo in loco in quo adverſario jus eſt mortuum inferre. eoque in numero etiam habetur, qui agit, ut labatur ſepulchrum. nam & ille hoc Edicto tenetur *d. l.* 1. §. 10. *h. t.* Verbum porro *Ædificare* late patet: ut ædificare intelligatur non ſolum qui opus novum molitur; verum is quoque qui vult reficere *d. l.* 1. §. 9. Plus dicam, non ædificationem tantum complecti; ſed præterea omnia ad ædificationem pertinentia. hac ratione ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 8. quod ædificare prohibet, & qui prohibet convehi materiam ædificio neceſſariam: item qui operi neceſſarios venire prohibet: & ſi machinam allegare quis prohibet. Hæc: ſi nihil ædificetur dolo malo. nam hoc Prætor poſtulat: & eſt exemplum; ſi prohibitio eo fiat loco qui ſervitutem debet. cæterum, ſi in meo ſolo velis machinam ponere, non tenebor Edicto, ſi jure te non patiar *l.* 1. §. 8. *D. h. t.*

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS TERTIA.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, ſi certum petetur, & de condictione.

Poſt actiones in rem, item perſonales in rem ſcriptas, & mixtas tam in rem, quam in perſonam, ſequuntur actiones in perſonam de rebus creditis: monſtrante Rubrica: quæ Florentiæ ſic extat, *De rebus creditis, ſi certum petatur, & de condictione.* Vulgata Accurſii editio, ab Haloandro ſervata, habet, *De rebus creditis, ſi certum petatur, & de certi condictione.* Sed reſtitue, *De rebus creditis, ſi certum petatur:* nam eſt una actio quæ aliquando certi condictio appellatur; aliquando actio vel condictio, ſi certum petatur. Indicio *l. 9. l. 24. D. h. t.* & *l. 1. D. de condict. tritic.* Ita duæ ſunt Rubricæ partes: una de rebus creditis, altera de certi condictione, ſive de actione, Si certum petatur. priorem partem, *De rebus creditis*, fuiſſe Titulum Edicti perpetui, Ulpianus indicat *l. 1. D. h. t.* ibique recte legi, *E re eſt*, monet Antonius Auguſtinus *lib. 3. Emend. c. 3.* Fuit igitur in Edicto perpetuo Titulus, *De rebus creditis:* ſub eoque, ut eſt generalis, & late patet, Prætor non de mutuo ſolum edixit; ſed de commodato quoque & pignore: id eſt, de actione commodati, & de actione pigneratitia: nam de pignoribus & hypothecis, id eſt, de formula hypothecaria, fuiſſe actum in ultima Edicti parte, teſtatur Juſtinianus *l. Omnem §. 4. De concept. Digeſtor.* Complexus igitur Prætor plures contractus fuit ſub uno Titulo, *De rebus creditis:* ſinente brevitate Edictorum. ſed Ulpianus ſingula capita, quod interpretatio diffuſiorem deſiderabat tractatum, ſparſit per varios Titulos: præmiſſo Titulo, *De rebus creditis*, qui fuit Edicti perpetui: eique adjecit ſpeciem, *Si certum petatur:* oſtenſurus, ex generali Titulo in præſentia initium expoſitionis ſumi a parte; id eſt, condictione ex mutuo: pari ratione qua in Codice lib. 4. Titulus 1. & apud Paulum *lib. 2. Sentent. titulus* 1. eſt, *De rebus creditis & jurejurando.*

Eſt autem mutuum, contractus juris gentium ſtricti juris quo quantitas utenda datur in hoc, ut accipientis fiat; & danti tantumdem ejuſdem generis & qualitatis reſtituatur. Primum dixi, mutuum eſſe contractum: quia eſt conventio ex qua ſua vi naſcitur actio quæ vocatur condictio *pr. Inſt. Quib. mod. re contrab. oblig.* Eſt igitur contractus. Addidi, juris gentium: auctore Juſtiniano §. 2. *Inſt. de jur. nat.* id vero indicat, mutuum perſeveraſſe in ſimplicitate juris gentium: nec accepiſſe novam formam a jure civili. Porro dixi, eſſe contractum ſtricti juris: quia eſt ab uno latere obligatorius: qualis nuſquam vocatur bonæ fidei. Inſuper dixi, in mutuo non utendum dari corpus; ſed utendam dari quantitatem. Juſtinianus *d. pr. Inſt.* ſic exprimit: Mutui datio in iis rebus conſiſtit quæ pondere, numero, aut menſura conſtant, veluti vino, oleo, frumento, ære, argento, auro. Nempe has res, quia non habent uſum, niſi conſumptæ, in mutuo damus utendas in hoc, ut conſumantur: poſtea alias recepturi ejuſdem generis & qualitatis *l. 1. §. 2. D. de oblig. & act.* Nec male: quia (quod Paulus obſervat *l. 2. §. 1. D. h. t*) in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quam ſpecie: id eſt, potius in genere, quam ſpecie: ut bene annotavit Auguſtinus *lib. 4. Emend. c.* 8. Et addit Paulus *d. l. 2. §. 1.* quod in cæteris rebus, id eſt, in corporibus, ideo in creditum ire, id eſt, mutuum contrahere, non poſſumus: quia uſum ſalvo corpore admittentibus, aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt: ne melius quidem pro deteriore, affectu cadente in corpora: qui affectus non cadit in quantitates, uſu perituras; ideoque nihil intereſt creditoris, utrum hanc, an illam, recipiat: modo eamdem habeat, & æque bonam. Stat igitur mutuum intra quantitatem; & quia ad ejus uſum ſpectat, vult hanc dari. idque eſt, cur in mutuo dicatur re contrahi obligatio *d. l. 1. §. 2. D. de oblig. & act. pr. Inſt. Quibus mod. re contrab. oblig.* & quamdiu nihil datum eſt, licet conſenſum ſit de dando, nulla mutui ſit obligatio. Paulum audi *d. l. 2. §. 3. D. h. t.* Mutuum non poteſt eſſe, niſi proficiſcatur pecunia. Nec aliter Seneca *lib. 6. De benefic. c.* XI. Verba Senecæ. *Quemadmodum ei qui voluit mihi pecuniam credere, ſed non credidit, nihil debeo; ita qui voluit mihi beneficium dare, ſed non potuit, amicus quidem ero, ſed non obligatus.* Ab eadem cauſa tantum naſcitur actio, quatenus datum eſt: non ultra: maxime,

me, ſi non ſit pactum, ut plus debeatur, quam eſt datum. imo etſi id pactum ſit; tamen non plus, quam datum eſt, debebitur. Clare Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. h. t.* Si tibi dedero decem ſic, ut undecim debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipſo jure debere, quam decem. Similiter ait Paulus *l.* 17. *D. de pactis.* Si tibi decem dem, & paciſcar, ut viginti mihi debeantur: non naſcitur obligatio ultra decem. Et pro ratione addit Paulus: Re non poſſe obligationem contrahi, niſi quatenus datum ſit: opinor; quia pactum, quamvis in continenti adjectum contractui ſtricti juris, cum auget contractum, ei non ineſt. manet igitur nudum: ex quo jure civili non datur actio. Plane, ſi dedero tibi decem ſic, ut novem reddas: ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. te ipſo jure tantum novem debere, non decem: quia pactum ſtricti juris contractui in continenti adjectum, cum ei detrahit, ineſt ex parte rei: & certi condictionem ipſo jure tollit, quantum ad nummum decimum. Hæc nunc obiter. plura ex profeſſo dedi *lib. ſing. Ad Edict. Prætor. De pact. c.* 12. Ut igitur mutuum ſit, oportet quantitatem dari. datio porro traditionem implicat. dominium certe ſine traditione non transfertur. cæterum cum duplex ſit traditio, vera vel quaſi; utram intelligimus. & quidem de vera nulla umquam dubitatio fuit: ſed fictæ reſtitit aliquamdiu metus; ne ex omni contractu nuda pactione pecunia credita, ſeu mutua, fieret. Recepta tamen traditione ficta per brevem manum, tandem obtinuit, nihil intereſſe, qualis intervenerit traditio; vera, an quaſi *l.* 6. *C. h. t.* etſi magna fuit Veteribus verecundia recedendi a regula juris: eoque tarde temperatus eſt ejus rigor. Sed hoc apparet ex collatione *l.* 34. *D. Mandati* quæ eſt Africani, cum *l.* 9. §. *ult. l.* 11. *&* *l.* 15. *D. h. t.* quæ ſunt Ulpiani: nec minus pertinet ad earum intellectum, cogitaſſe diverſitatem temporis quo uterque vixit Juriſconſultus: prorſus, ut tradita ab Africano, tamquam vetuſtiore, habenda ſint pro hiſtoria juris veteris: cætera quæ Ulpiani ſunt, pro recepto jure. hoc animadvertit Doctiſſimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Tractatu* 8. *ad Africanum in expoſitione d. l.* 34. nec habeo quod addam pulcherrimæ obſervationi. Solum dicam, etſi nihil referat in mutuo, utra fiat traditio, vera, an quaſi: tamen debere illa dominium tranſire in accipientem. id obſervat Paulus *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* appellata eſt, inquiens, mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: & ideo ſi non fiat tuum, non naſcitur obligatio: hac ratione, quod uſus quantitatis mutuo datæ, ad quem ſpectat mutuum, niſi conſumptæ, nullus eſt. conſumi autem quantitas, niſi a domino, non poteſt. transfertur igitur in mutuo dominium, debitori facturum conſumendi facultatem. Nec eſt dubium, quin oporteat quantitatem quæ mutuo datur, propriam eſſe dantis. ſi enim in mutuo transferri debet dominium, neceſſe eſt, mutuo fieri alienationem. hæc autem, præterquam rei propriæ, nulla eſt. verum igitur eſt, oportere eum qui mutuum dat, eſſe dominum: ſive per ſe det mutuum, ſive alius det ejus voluntate: ut filiusfamilias & ſervus: nam, ut Paulus ait, dantes peculiares nummos obligant: hoc eſt (ut oſtendi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 20.) obligant alios: & eſt tale, quale ſi voluntate mea tu des pecuniam. quo in caſu mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint *l.* 2. §. 4. *D. h. t.* Superiori obſervationi accedit ſequens: quod volentes, eum qui mutuum dat, eſſe dominum; ſimul volumus, eum habere rei ſ[illegible] adminiſtrationem: nam ſic demum ejus alienatio eſt. Prius efficit, ne poſſint mutuo dari nummi alieni *l.* 11. §. *ult. D. h. t. l.* 13. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* poſterius, ne quid mutuo detur a pupillo aut furioſo ſine tutoris aut curatoris auctoritate aut conſenſu. eſtque effectus ejus doctrinæ inſignis: quod neutro caſu valente mutuo, neutro naſcitur ex mutuo obligatio, ne naturalis quidem. itaque traditur a Veteribus, adhuc nummos vindicari, ſicubi extant: alioquin non vindicari; ſed condici, ſi conſumpti ſint bona fide: & ſi mala fide ſint conſumpti, de his agi ad exhibendum. Sic prorſus Imp. Juſtinianus §. 2. *Inſt. Quib. alien. lic.* & ante eum Ulpianus *d. l.* 11. §. *ult. D. h. t.* Hoc tamen ipſum quale ſit, paucis conſideremus. non enim aſſentior Eruditis Interpretibus, paſſim jactantibus, alienæ pecuniæ, quamdiu extat, non eſſe mutuum; ſed conſumptione mutuum fieri: & eſſe argumentum; quod tum ex ea naſcitur condictio. Primum enim quis Veterum id docuit umquam? nemo unus. Deinde reclamat juris regula: quæ dicit, quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis non convaleſcere *l.* 29. *D. de reg. jur.* At enim, conſumpta pecunia aliena mutuo data, naſcitur condictio. fit igitur conſumptione mutuum quod ante non erat mutuum. Optime: ſi hoc argumentum duceretur ab actione contractus quo de quæritur. ſed quæ in propoſito datur condictio, non eſt certi condictio ex mutuo: ſed condictio ſine cauſa. nam aliena pecunia, etſi conſumpta, ubi non eſt mutuum, apud accipientem eſt ſine cauſa, & ideo condictione ſine cauſa optime repetitur jure gentium: ne is qui eam conſumpſit, cum aliena injuria fiat locupletior *l.* 32. *l.* 19. §. 1. *D. h. t.* Ut ut erit: hoc fixum & ratum eſt, oportere dantem, ut mutuum ſit, eſſe nummorum dominum, & hos fieri accipientis. At nec ipſum ſatis eſſe, monet Paulus *l.* 3. §. 1. *D. de oblig. & act.* plus poſtulat, eos dari & accipi hoc animo, ut obligatio conſtituatur. Idemque confirmat Julianus *d. l.* 19. Non

omnis, inquiens, numeratio eum qui accepit obligat; ſed quotiens id ipſum agitur, ut confeſtim obligaretur: puto, quod nemo vult tranſlatum rei ſuæ dominium, niſi habeat cauſam, cur transferat. Atque hinc percrebuit hoc: Nuda traditio non transfert dominium, ſed ita, ſi præceſſerit juſta cauſa: cur traditio ſequeretur *l. 31. D. de adq. rer. dom.* Ut igitut tranſeat dominium, eoque mutuum fiat, oportet in mutuum eſſe a dante & accipiente conſenſum. Quid, ſi alter dedit, tamquam donaturus; alter accipiat, tamquam mutuum? jam diſſenſus eſt de cauſa: de eoque lis eſt inter Julianum *l. 36. D. de adq. rer. dom.* & Ulpianum *l. 18. D. h. t.* De cujus compoſitione viderint Eruditiores. ego enim deſpero: etſi quæ ab aliis adferuntur, non ignoro.

Interim abſoluturus, ut propoſui, naturam mutui, adhuc ſubjiciam pauca de fine & exitu ejus. & quia jam dictum, in mutuo utendam dari quantitatem: rationis eſt, eam hac lege dari; ut tantumdem reddatur in eodem genere, & in eadem qualitate. primum putemus, in mutuo agi, ut quod datum eſt, reddatur: nam ſi detur, ne reſtituatur; erit donatio atque in perpetuum, & ideo non mutuum, ſed proprium. mutuum autem non datur in perpetuum, ſed utendum ad tempus. ita habet donationem, non in perpetuum, ſed ad tempus, & ideo reddendum. Hac ratione Varro *lib. 4. De ling. Latin. pag. 29. Si datur quod reddatur, mutuum.* Nec alia Plautus, *Curcul.* 1. 1. 47. proprium a mutuo ſeparat: proprium vocans, quod non cogor reddere: mutuum contra, quod cogor reddere. atque ipſum quoque ſono verbi continetur. Scio, Paulum *l. 2. §. 2. h. t.* dicere, mutui dationem eſſe appellatam ab eo, quod de meo tuum fit. Nec improbo: quatenus ejus propoſito ſervit verbi alluſio non inelegans, neque infrequens Juriſconſultis. Sed ea non obſtat; ne, vice verſa, tuum mea datione factum, tua redditione rurſus meum fiat. non opus verbis: reciprocationem evincente hanc uſu Latini ſermonis, ſoliti vocare mutua quæ ſunt reciproca. Hoc modo Terentius *Phorm.* 2. 1. 37. dicit *Mutuas operas* quæ ſunt reciprocæ: Papinianus, *Mutuam penſationem l. 39. D. Solut. matrim.* & Ulpianus *Mutuatum amorem l. 1. D. de donat. int. vir. & uxor.* Non igitur eſt mutuum; niſi agatur, ut detur & datum reſtituatur. Quando? ſemper, cum danti videtur. optima hac ratione: quia mutuum (ut ex Nonio demonſtravi *lib. 1. De fænor. & uſur. c. 6.*) eſt gratuitum, & ſimile beneficio: quod quis dat, cum vult; nec ultra, quam vult. Plautus, *Trinummo* 5. 2. 6.

— — — Beneficium homini proprium quod datur, proprium ſumpſerit.
Quod datum eſt utendum, id repetendi copia eſt, quando velis.

Item Pedo Albinovanus.

Vita data eſt utenda, data eſt ſine fœnore nobis
Mutua; nec certa perſoluënda die.

Etiam Cicero *lib. 1. Tuſcul. quæſt. c. 39. Natura dedit uſuram vitæ, tamquam pecuniæ, nulla præſtituta die. quid eſt igitur, quod quetare, ſi repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas.* Eſt igitur mutuum gratuitum, & reſtituendum, cum videtur creditori, qui dedit. At quomodo? in eodem genere: quia ſpecie uſu conſumpta ejus qui dedit voluntate, poteſt par, id eſt alia ſpecies ejuſdem generis & bonitatis reddi; eadem non poteſt. Inde Cicero *lib. 5. Ad famil. Epiſt. 2. Quod, inquis, ita ſcribis,* Pro mutuo inter nos animo: *quid tu exiſtumes eſſe in amicitia mutuum, neſcio: equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Eſt igitur in mutuo creditori, ne injuria ei fiat pro gratia, par reddendum, id eſt tantumdem, non minus; atque in eodem genere. quid, ſi agatur, ut in alio reddatur? licet: ſed jam non mutuum erit, verum permutatio vel emptio. quid, ſi in ſpecie ſit reſtituendum? nec ſic erit mutuum, ſed depoſitum, vel locatum, vel pignus, vel commodatum. auctor Paulus *l. 2. D. h. t.* etiam Agrætius, vetus Grammaticus. Verba Agrætii: *Inter commodatum & mutuatum nonnihil diſtat. Commodamus amico pro tempore equum, ſervum, veſtem, hanc ipſam rem quam dedimus recepturi. mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his ſimilia quæ mutuo data recipi neceſſe non eſt.* Igitur poſtulat natura mutui, datum reſtitui in eodem genere: etiam in eadem qualitate: id eſt, in eadem bonitate. nimirum, ut dictum, mutuum proficiſcitur ab amico affectu: eſt enim gratuitum; eoque non patitur ratio, accipientem beneficium danti injuriam reddere pro gratia. id autem ſuturum eſſet; ſi liceret debitori minus reddere in eodem genere, aut tantumdem in deteriore qualitare. eſtque hoc adeo æquum; ut Pomponius *l. 3. D. h. t.* putet, id tacite conventum intelligi; etſi de eo nihil pactum ſit palam. Verba Pomponii ſunt: Cum quid mutuum dederimus, etſi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori, deteriorem rem quæ ex eodem genere ſit reddere, veluti vinum novum pro vetere. nam in contrahendo quod agitur, pto cauto habendum eſt. Id autem agi intelligitur, ut ejuſdem generis, & eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit. Bonitatem tamen unde æſtimamus, utrum ex pretio quantitatis mutuo datæ, an ex ejus virtute intrinſeca? ego ex hac malim peti: quia eſt vera ejus bonitas: pretium extra rem eſt; magiſque ex copia aut inopia pendet, quam a re ipſa. ſufficit igitur, ſolvi quantitatem ejuſdem qualitatis, etſi non ſit ejuſdem pretii *l. 1. §. 2. D. de oblig. & act.*

Nunc

Nunc diſputabo de actione ex mutuo dari ſolita. complexus hanc Prætor fuit generali Edicto de rebus creditis. nam de mutuo ſpeciale fuiſſe Edictum, veriſimile non eſt: nullum certe apparet hodie. Verba Edicti ſic compono: *Si certum petetur rerum creditarum nomine, condictionem dabo* Prima Edicti verba, *Si certum petetur*, indicat Rubrica, deſumpta, ut ſolet, a primis Edicti verbis. Quid autem ſit *certum*, exponit Paulus *l. 6. b. t* *Certum*, inquiens, *eſt*, *cujus ſpecies vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque ſit, oſtenditur*. Paulus ſignificat, certum vel ſpecie, vel quantitate intelligi: modo appareat quoque ejus qualitas. & ſpecie quidem, veluti ſervus Stichus: nomen enim, qualis ſit ſpecies, declarat; idemque demonſtratione contingit: nam & hæc fungitur nominis vice *l. 6. D. de rei vindic.* quantitate vero: veluti, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoræ centum. qualitas enim, *optimi*, neque plus, neque minus recipit: ut foret, ſi diceretur, boni *l. 75. §. 2. D. de verb. oblig.* eſt igitur qualitas hoc in verbo incerta: in illo certa. Et pulchre Ulpianus *l. 74. & l. 75. d. t. D. de verb. oblig.* certum, inquit, eſt, quod ex ipſa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque ſit. ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque eſt in ſtipulatione, incertam eſſe ſtipulationem, dicendum eſt.

Deinde ait Prætor, *Rerum creditarum nomine*. Hæc verba Edicto adſcripſi ex Rubrica, juncta *l. 1. & 2. b. t.* accedit, quod illa ſunt conſentanea Edicti ſententiæ: ab Ulpiano relatæ in *l. 9. b. t.* & volentis, certi condictionem a Prætore hic propoſitam, non eſſe ſpecialem mutui; ſed eſſe generalem rerum creditarum. Hoc autem quo diſertius intelligatur, notandus eſt juris progreſſus non inelegans. Audiamus. Certi condictio, ut videtur, primum inducta Jure Civili eſt ob ſolum mutuum. deinde ſub ejus colore recepta etiam pro repetitione indebiti ſoluti, & in paucis aliis ſub Titulo IV. hujus libri, & deinceps, expoſitis. argumentum hujus proceſſus licet accipere ex *l. 5. §. 3. D. de oblig. & act. §. 1. Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig. §. 6. Inſt. De oblig quæ quaſ. ex contr.* Hoc fine ſe continuit Jus Civile & Fori Diſputatio. ſed non æque Prætor. contra is certi condictionem, quæ ante ſpectabat tantum ad mutuum, aut quod pro mutuo habebatur, hoc Edicto porrexit ad omnem obligationem ex qua certum debeatur. Ne dubita: quod dico, oſtendit hoc Ulpiani *d. l. 9. Certi condictio competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto.* In his Ulpiani verbis *cauſa* ſignificat contractum: ut in *l. 11. & 12. D. de verb. ſignif.* & alibi ſæpe. Ita ſenſus eſt, Poſſe ex omni contractu, ex quo jure civili naſcitur certi obligatio, fieri creditum *l. 1. l. 2. §. 3. b. t. d. l. 11. & 12.* eoque ex Edicto hic propoſito rerum creditarum nomine competere certi condictionem. quid, ſi fides habita ſit certum nudo pacto promittenti? non eſt jure civili creditum: quia non eſt cauſa, ſive contractus, ex quo jure civili naſcatur actio *l. 10. D. de verb. ſignif.* nec igitur ex nudo pacto competit certi condictio. Verum ut locum habeat certi condictio, oportet oſtendi cauſam ex qua jure civili naſcatur obligatio. nec refert Prætoris aut Ulpiani, qualis ea ſit; *ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto.* Ulpianus certum vocat contractum qui eſt nominatus; incertum qui eſt innominatus: quia alter habet certum nomen, certam formam, certam actionem: alter non habet certum nomen, nec certam formam, nec certam actionem, ſed actionem præſcriptis verbis quæ eſt incerta & innominata: ut apparet ex *l. 1. §. 2. D. de rer. permut.* Igitur ait Ulpianus, licere nobis per Prætorem, certum condicere ex omni contractu, tam incerto & innominato, quam certo & nominato. & recte: etſi enim incertum ſit contractus nomeo; poteſt tamen quod ex eo petitur, eſſe certum: idque ſufficit, ut locum habeat certi condictio. finge: dedi tibi lancem, ut mihi Stichum dares: ceſſas dare. eſt mihi duplex actio: condictio ob rem dati, & præſcriptis verbis: utriuſque autem gratia certi condictio. *Dummodo* (ſic pergit *d. l. 9.* Ulpianus) *præſens ſit obligatio: cæterum, ſi in diem ſit, vel ſub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.* Ulpianus, ut ex cauſa crediti certum peti poſſit, poſtulat, puram eſſe obligationem. nimirum, quia tum ceſſit & venit dies: id eſt, tum nata eſt obligatio, & poteſt executioni dari ſtatim: aliter ac ſi ſub conditione aut in diem ſit contracta. nam ſi ſub conditione ſit ſuſpenſa; dies ante exiſtentem conditionem neque ceſſit, neque venit, tantum ſpes eſt debitum iri. ubi vero in diem contracta eſt obligatio, ſtatim quidem ceſſit dies, & debetur; ſed quamdiu non venit, id eſt, non præteriit, non poteſt cum effectu agi: executione in diem dilata. ita fit, ut ante cum effectu præſens non ſit.

Poteſt igitur certum peti rerum creditarum nomine, ſi ſit obligatio ex contractu certo vel incerto. Plus ait Ulpianus *d. l. 9. §. 1. Competit hæc actio etiam ex legati cauſa, & ex Lege Aquilia: ſed & ex cauſa furtiva per hanc actionem condicitur. ſed & ſi ex Senatuſconſulto agetur, competit hæc actio: veluti, ſi is cui fiduciaria hereditas reſtituta eſt, agere volet.* Primum obſervat, certi condictionem rerum creditarum nomine competere etiam ex legati cauſa. Poterat ea in ſpecie eſſe dubitatio: quia inter teſtatorem & legatarium

nihil eſt actum, quo poſſit creditum videri. at nec heredis fidem contrahendo ſequutus eſt legatarius. heres quoque, cum hereditate adita agnovit defuncti voluntatem, nihil deliquit. ita non magis ex maleficio tenetur, quam ex contractu. interim æquum eſt, aliquam legatario adverſus heredem hoc nomine eſſe actionem. placuit igitur Veteribus, in hac ſpecie eſſe obligationem quaſi ex contractu; ex eaque, tamquam ſi creditum eſſet, naſci certi condictionem ex teſtamento. Idemque in negotiis geſtis & ſimilibus obtinuit *l.* 28. §. 4. *D. de jurejurando.* Sed Ulpianus *d. l.* 9. ait, certi condictionem etiam competere ex Lege Aquilia. eoque exemplo vult, eam venire etiam ex maleficio, quia & hoc Veteribus eſt pro ſynallagmate. vocatur enim contractus malus *l.* 52. *D. de re judic.* qui ut conſenſu deſtituatur, tamen ex facto ſeu re naſcitur *l.* 4. *l.* 25. §. 1. *D. de oblig. & act.* & hoc modo pro credito eſt *l.* 12. *D. de verb. ſignif.* Sic Ariſtoteles *lib.* 5. *De moribus ad Nicomachum c.* 5. *in fine. Contractuum alii ſponte noſtra; alii nobis invitis fiunt, exempli cauſa hi, venditio, emptio, mutuum, fidejuſſio, commodatum, depoſitum, locatio & conductio. Dicuntur vero ſponte fieri, quia horum contractuum principium noſtra ſponte inſtituitur. Eorum autem qui nobis invitis fiunt, alii ſunt clandeſtini, ut furtum, adulterium, veneficium, lenocinium, ſervi alieni deceptio aut corruptio, cædes dolo commiſſa, falſum teſtimonium, alii ſunt violenti, ut verbera, vincula, mors, rapina, debilitatio corporis, maledicentia, contumelia.* Igitur quia credere eſt generale vocabulum, omnes complectens contractus quos alienam fidem ſequuti inſtituimus *l.* 1. *h. t.* competit certi condictio ex omni cauſa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, & de omnibus rebus. nam & rei vocabulum generale eſſe, Ulpianus refert *d. l.* 1. *h. t.* Sed ut ſupra dictum, præſertim competit de quantitate credita ex cauſa mutui. nam & quantitas res eſt; & in mutuo alienam fidem ſequimur, mox recepturi quid ex hoc contractu. imo crediti appellatio tam propria mutuo eſt; ut ſæpe pro mutuo accipiatur. exemplum in *l.* 15. *D. h. t. l.* 10. & 11. *D. de verb. ſignif.* & in hoc Senecæ *lib.* 3. *De benefic. c.* 10. *Dies præterea beneficio reddendo non dicitur, ſicuti creditæ pecuniæ.*

Sit igitur exemplum certi condictionis in hoc Edicto ex omni cauſa, ex omni obligatione: ſed præſertim, ſi certum petatur ex mutuo. hoc vero ubi pono; nolo, agenti ſufficere, ſi intendat, ſibi certum deberi rerum creditarum nomine. contra volo, eum addere formam crediti, ex qua adverſarium ſibi certum debere affirmet. nam cum plurimæ ſint crediti formæ; niſi petat ex ſpeciali cauſa, verbi gratia, ex mutuo, non poteſt reus, cum in jus venit, ſcire, utrum cedere, an contendere debeat: etſi hoc velit Prætor ſupra ſub Titulo *De edendo.* nec magis poſſit Judex, formula generaliter atque infinite concepta a Prætore, conjicere de qua cauſa id eſt, de quo facto, ipſum judicare oporteat: certo, quod qui ex una tenetur crediti ſpecie, non idcirco tenetur ex altera. item, quod plus petens cauſa olim cauſa cadebat §. 33. *Inſt. de act.* Sed veriſſimum eſt, certi condictionem ex mutuo venire ſpeciem certi condictionis generalis hoc Edicto propoſitæ: in eaque actori eſſe exprimendam cauſam, ſe ea certum petere ex mutuo. Sic cenſeo, ſequutus Imp. Juſtinianum *pr. Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* nam hoc ſignificat, cum ſic ſcribit, *Ex eo contractu naſcitur actio quæ vocatur condictio.* idemque ante indigitavit Ulpianus *l.* 28. §. 4. *D. de jurejurand.*

Nunc cætera videamus; & primum, cui ex mutuo detur certi condictio. eſt autem rationis, dari ei qui quantitatem mutuo dedit, modo ſit paterſamilias: quia tum ejus eſt actio. at ſi filiusfamilias ſit, non eſt ejus actio, ſed patris in cujus poteſtate ſit; & ideo non ei, ſed patri danda. ſic in directa actione, atque ex regulis juris. nam in factum actionem etiam filiumfamilias exercere poſſe, Ulpianus auctor eſt *l.* 13. *D. de oblig. & act.* quæ eſt ex ejus libro 1. Diſputationum, & conjungenda cum *l.* 17. *D. h. t.* quæ eſt ex eodem libro. ſic vero diſcimus, quod actione in factum, ſive utili, quæ extraordinarium judicium ibi vocatur, non ſemper adjuvatur filiusfamilias: ſed tum in primis, ſi viaticum ſuum (id eſt, quod pater ei dedit in ſumptum ſtudiorum. proprie viaticum eſt ſumptus viæ: ſed alio quoque transferri, teſtatur A. Gellius *lib.* 17. *Noct. Attic. c.* 2.) mutuum dederit, Romæ agens ſtudiorum cauſa, cum pater eſſet in provincia: nec appareret patris procurator, eoque modo futurum eſſet; ut filiusfamilias propter juris ſubtilitatem egeſtate laboraret adverſus patris voluntatem *l.* 18. §. 1. *D. de judic.* Sed de origine, progreſſuque hujus juris jam diſſerui uberius ſupra ſub Titulo, *De Judiciis.*

Datur igitur certi condictio ex mutuo ei qui mutuum dedit. imo aliquando ei qui non dedit. ſit exemplum in *l.* 9. §. 8. *D. h. t.* Verba: *Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos abſente te & ignorante, Ariſto ſcribit, adquiri tiwi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus lib.* 10. *ſcribit, veram eſſe Ariſtonis ſententiam: nec dubitari, quin, ſi meam pecaniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poſcamus, ut noſtro nomine creditor* [*meus &*] *futuro debitori.* Sic Florentiæ nullo ſenſu. Optime Haloander, *Ut noſtro nomine creditor numeret futuro debitori noſtro.* Obſcurus locus eſt: & ut intelligatur, obſervandi in eo ſunt duo caſus. Unus eſt, ſi nummos meos tuo nomine dedero velut

lut tuos, abſente te & ignorante. alter, ſi eos dedero tua voluntate, ſive mandatu tuo. initium ſumam a poſteriore. igitur ſi nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos voluntate tua: quæritur, utri competat certi condictio, mihi, an tibi? & quidem convenit mutuo, eum qui ſuam dedit pecuniam, eamque accipientis fecit, ex mutuo habere certi condictionem. ſed eſt ſingulari jure receptum; ut, ſi meam pecuniam tuo nomine, tua voluntate, mutuam dem, tibi obligatio adquiratur. primum quia is qui accepit, ea fuit cogitatione, ut a te acciperet. deinde ſolet pecuniam crediturus, eam poſcere ab alio, puta, ſuo procuratore aut debitore. ex his igitur cauſis placuit, perinde eſſe in propoſito, ac ſi ego pecuniam numeraſſem tibi, tu deinde roganti mutuam dediſſes. recedebat quidem hoc a regula juris: quæ nolebat, me contrahere mutuum, niſi de meo facerem tuum. etiam erat contra aliam, quæ dictat, per liberam perſonam non adquiri nobis obligationem. ſed (ut ait Ulpianus *l.* 15. *D. h. t.*) eſt ſingulari jure, vel (ut Africanus *l.* 34. *D. Mandati*) eſt benigne, receptum adverſus utramque regulam; ut ſi procurator, vel debitor, ſuam pecuniam mea voluntate, meoque nomine, mutuam det, ex ea numeratione mihi per eum perinde adquiratur certi condictio, ac ſi ipſe pecuniam numeraſſem. Atque hoc in illa ſpecie eſſe citra dubitationem, Julianum dixiſſe, Ulpianus ait. Quid, ſi meam pecuniam tuo quidem nomine dedi, ſed te ignorante & abſente? hæc eſt altera ſpecies *d. l.* 9. §. 8. in eaque erat major dubitatio: quia, ut tibi invito per me ſic adquireretur obligatio, id non videbatur rationi conſentaneum. placuit tamen Ariſtoni, & poſt eum Juliano, diſſentientibus forte aliis, etiam hoc caſu tibi adquiri certi condictionem, quaſi per traditionem brevis manus, ſi approbaveris nomen: eo quod ratihabitio retrotrahitur, & cum mandato comparatur. Sed quid, ſi tu cujus nomine a me facta eſt numeratio, eam improbes, recuſata certi condictione? certum eſt, invitum te non cogi, eam exercere. an igitur ego hanc habeo ex numeratione mea? atqui non volui eam mea numeratione mihi adquirere, ſed tibi. proinde non habeo directam actionem, quia tua eſt cujus nomine numerata eſt pecunia, etiamſi ratum non habes contractum tuo nomine geſtum: mutuo ſic recepto ſingulari jure adverſus juris ſubtilitatem. nec tamen invitus cogeris eam exercere. plane utilem dari mihi qui numeravi, ſi tu cujus nomine numerata eſt pecunia, eam ratam non habeas, neque iniquum fuerit, neque citra exemplum *l.* 4. *C. h. t. l.* 1. *C. de oblig. & act.*

Dixi, cui detur certi condictio ex mutuo. dicam, adverſus quem detur. datur autem adverſus eum qui mutuo accepit: utique, ſi jure poſſet accipere: nam ſi non poſſet, licet de facto acceperit, adverſus eum non datur hæc ex mutuo certi condictio. exemplum in pupillo: de quo ita ſcribit Licinius Rufinus lib. 8. Regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur. Senſus eſt, tantum abeſſe, ut pupillus jure civili teneatur accipiendo mutuam pecuniam; ut nec naturali jure obligetur: ſi adverſus eum dirigatur naturalis obligatio: nam tum ea eximitur, propter conditionem perſonæ ſuæ. cæterum adverſus tertium qui pro eo quocumque modo intervenit, ſuſtinetur: ut alibi dicam. quod ſi locupletior factus ſit pupillus; placuit, eum etiam civiliter teneri *l.* 4. §. 4. *D. de dol. mal. except.* poſt Conſtitutionem D. Pii *l.* 3. §. 4. *D. de negot. geſt. l.* 3. *D. Commod.* Quid de minore dicemus? is ſi habet curatorem, quia non abſimilis habetur prodigo cui dato curatore bonis interdictum eſt, contrahendo jure civili non obligatur: ſed ſi deſtituatur curatore, quia liberam habet adminiſtrationem ſuarum rerum: verius eſt, eum recte obligari jure civili: ſed poſſe in integrum reſtitui *l.* 3. *C. de in integr. reſtit. min.* ſed quo modo; pulchre diſputat Gajus *l.* 27. §. 1. *D. de minorib.* De filiofamilias hic quidquam dici, nihil attinet: quia de eo ex profeſſo agetur ſub Titulo, *De Senatuſconſulto Macedoniano.*

De civitatibus videamus. de his ita ſcriptum ab Ulpiano eſt *l.* 27. *D. h. t.* Civitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad utilitatem ejus pecuniæ verſæ ſunt: alioquin ipſi ſoli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Vix opus eſt addi, ad quid ex mutuo competat certi condictio; cum ſupra oſtenſum ſit, in eo quantitatem dari ea lege, ut tantumdem, non minus, reddatur in eodem genere & qualitate. poteſt igitur debitor a creditore ad hoc conveniri; & ſi id ſolverit, extincta erit condictio certi ex mutuo. Sic Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 18. *Diligentius quærendus beneficii, quam pecuniæ creditor. huic enim reddendum eſt, quantum accepi, & ſi reddidi, ſolutus ſum ac liber.* Si tamen debitor nolit ſimul totum ſolvere debitum; an eſt audiendus, ſi paratus ſit, id per partes ſolvere? Hanc quæſtionem proponit Julianus *l.* 21. *D. h. t.* quæ eſt conjungenda cum *l.* 8. *D. Si pars hered. petat.* cum utraque ſit ex Juliani lib. 48. Digeſtorum, & ejuſdem tenoris. explicui utramque ſupra ſub *d. t. Si pars hered. petat.*

Reliquum eſt, ut de officio Judicis diſpiciamus. Id in hoc judicio, quod eſt ſtricti juris, quippe cum mutuum ſit contractus ab una tantum parte obligatorius, aut condemnatione aut abſolutione finitur: cum in bonæ fidei judiciis ſit latiſſima Judicis poteſtas ex æquo & bono ſtatuendi quod ei videtur §. 30.

Inſt. de actionib. quare hoc judicium etiam incertum appellatur: cum illud ſit certum; ubi Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit. non igitur poteſt in præſenti Judex condemnationem pluris aut minoris facere: ſed ut dixi, tantum poteſt reum abſolvere aut condemnare. & ita Ulpianus in *l. 1. D. de interrog. in jur. fac.*

De uſuris videamus. has ex mutuo non deberi, mutuo conſequens eſt: quippe cum mutuum ſit gratuitum. Sit ita, ſi mora nulla intervenerit. ſed quid, ſi illa accuſetur? adhue idem jus eſt: anguſta Judicis poteſtate, utique, ſi nihil ſit de uſuris pactum. imo & ſi ſit: nam ne ſic quidem debentur; quia pactum, quamvis in continenti adjectum contractui ſtricti juris, cum eum auget, ei non ineſt, ut ſupra demonſtratum. quid ergo eſt? ſolum debentur ex mutuo uſuræ; ſi ſint ſtipulatione promiſſæ: tum enim ex ſtipulatu petuntur; nec jam mutuum, ſed fœnus appellatur. Nonius: *Mutuum a fœnore hoc diſtat: quod mutuum ſine uſuris, fœnus cum uſuris ſumitur, & eſt accepti fœtus. unde & fœnus dictum eſt, ut Græce τόκος, quaſi partus mutui ſumpti.* Plaut. *Aſin.* Nam ſi mutuo non potero, certum eſt, ſumam fœnore. *Unde honeſtius mutuum eſt, quod ſub amico affectu fiat, tamen uſu temporis neceſſarii fœnore ſumere decet.* Sed de uſuris proprio Titulo lib. 22.

TITULUS II.

De jurejurando, ſive voluntario, ſive neceſſario, ſive judiciali.

Ulpianus lib. 22. Ad Edictum egit de interrogationibus in jure faciendis: monſtrante Inſcriptione *l. 2. 4. 6. 11. & 21. D. de interrog in jur. fac.* eaque occaſione explicuiſſe caput Edicti De jurejurando, ſpectans ad exceptionem reo dandam, ſi juraverit conditione delata, intelligitur ex Inſcriptione, & *l. 5. 7. 9. D. h. t.* An attigerit caput propoſitum de danda actori actione in factum, qui delata conditione ſimiliter juraverit, vix dubito, propter tenorem *l. 12. & 13. D. d. t.* quæ etiam ſunt ex eodem lib. 22. Cætera Edicti de jurejurando capita Ulpianus conjunxit cum tractatu De rebus creditis lib. 26. Ad Edictum: ut claret ex collatione Inſcriptionis *l. 1. l. 9. l. 13. D. de reb. cred.* cum *l. 34. D. h. t.* quo modo a Juſtiniano in Codice poſitus eſt Titulus, *De rebus creditis & jurejurando*; item a Paulo *lib. 2. Sentent. tit. 1.* eſt, *De rebus creditis & jurejurando.*

Unde dictum ſit jusjurandum, non eſt una Eruditorum ſententia. Scipio Gentilis *lib. ſing. Origin.* ſequutus Apulejum, *De Deo Socratis*, putat, jusjurandum dici quaſi Jovis jurandum. Sed non placet Gerardo Johanni Voſſio, *Etymologic.* exiſtimanti, juro a jure dici; cum qui jurat, religioſe ſpondeat, ſe aliquid, ceu jus eſſet, ſervaturum: itaque pro jurando etiam dici jusjurandum. Ego hoc, ut incertum, nec magni momenti, Grammaticis relinquo.

Tranſeo ad definitionem. eſt autem jusjurandum, (ut Cicero definit *lib. 3. De officiis*) affirmatio religioſa. primum, cum eſſe ait affirmationem, non opponit eam negationi: ſed omnem deſignat aſſeverationem, ſive affirmationem, ſive negationem, complectatur: nam jurejurando æque negari, atque affirmari, ſuis exemplis ſub *h. t.* conſtat. Religio porro (ut Nonius ait) eſt, Deorum cultura & metus. Inde jusjurandum eſt, affirmatio religioſa: ſive affirmatio quæ fit cum metu Divini Numinis: approbante Ulpiano *l 8. D. de condit. inſtit.* & recte: fit enim jusjurandum ſemper cum execratione ſui, Deo qui omnia ſcit, & omnia valet, adhibito perjurii teſte, & vindice. Apud Ovidium inde *lib. 7. Metamorph. fab. 1. v. 46.* eſt.

Et dabit ante fidem, cogamque in fœdera teſtes
Eſſe Deos.

Item *lib. 3. v. 457. De arte amandi.*

Parcite Cecropides juranti credere Theſeo.
Quos faciet teſtes, fecit & ante Deos.

Eſt igitur jusjurandum, affirmatio religioſa: eaque interdum fit directo per Deum, ut ſi quis palam jurat per Jovem, per Mercurium, aut ſimilem quem ſibi proponit Deum. fit etiam per rem aliam reſpectu Divini Numinis. illud verum, hoc quaſi jusjurandum vocari poteſt. & eſt exemplum: ſi quis jurat per ſalutem ſuam, per caput ſuum, per oculos ſuos, eorumve qui ei ſint cariſſimi. Otioſi ſit, adferre teſtimonia: occurrunt paſſim. potius monebo, quod talis formula pro religioſa aſſertione habetur; quaſi velit jurans, a Deo puniri in oculis, inve capite ſuo, aut eorum qui ipſi ſint cariores, quam ipſe eſt ſibi. ita ut ea palam non fiat Dei mentio: at creditur reſpectu Divini Numinis fieri *l. 33. D. h. t.*

Dixi, quid ſit jusjurandum. quæris, quotuplex ſit? Eſt duplex: unum promiſſorium, alterum aſſertorium. illo promittit quis, ſe daturum aut facturum. hoc affirmat aut negat. Sed vis promiſſorii jurisjurandi eſt tenuis, an nulla jure civili; ſicut pacti nudi: non invento jurejurando ad hoc, ut homo alii obligetur ad dandum aut faciendum: ſed ut Deo teneatur ad pœnam, ſi ſciens fallat. igitur jurata conventio, jure civili habens obligandi vim, tenebit promittentem: ut in hoc Tertulliani, *De idololatria c. 23. Pecunias de Ethnicis, mutuantes, ſub pignoribus*

fidu-

fiduciati, jurati cavent. Contra conventio non habens vim obligandi, non tenebit promittentem, etſi accedente jurejurando. una eſt exceptio in jurejurando liberti, jurantis patrono obſequium, operas, & munus: non ex natura jurisjurandi, ſed vi Legis Juliæ & Papiæ, jusjurandum ea in ſpecie confirmantis: ideoque ad alios præter libertos per conſequentiam non porrigendæ: uſque adeo, ut Paulus *l.* 56. *D. de fidejuſſorib. Si quis*, inquiat, *pro eo qui libertus non eſſet, & operas præſtaturum ſe juraſſet, fidejuſſor erit, non tenebitur*. Sed de hoc jam egi *lib.* 3. *De fænor. & uſur. c.* 1. Aſſertorium jusjurandum in Rubrica triplex eſt: voluntarium, neceſſarium, & judiciale. Voluntarium puta, quod a parte parti extra judicium mutuo conſenſu defertur aut refertur. eſt etiam voluntarium quod pars parti defert in judicio: nam vel ibi volens defert jusjurandum, invitus non defert. recte igitur jusjurandum vel in judicio delatum, voluntarium appellatur. at nec ille cui delatum in judicio eſt jusjurandum, ejus præſtandi neceſſitate tenetur. Scio, Prætor apud Ulpianum *l.* 34. §. 6. *h. t. Eum*, inquit, *a quo jusjurandum petetur, ſolvere aut jurare cogam*. Sed mox ſubjicit Ulpianus §. 7. *Datur autem & alia facultas reo, ut ſi malit, referat jusjurandum*. Eſt igitur voluntarium jusjurandum, in judicio delatum; quia a nolente præſtare, referri poteſt: alioquin ejus voluntate præſtatur. Neceſſarium jusjurandum eſt, quod in judicio eſt relatum: nam hoc neque recuſari, neque referri, poteſt. Et optime Ulpianus *d.* §. 7. *Si is qui petet, conditione jurisjurandi* [relati] *non utetur, judicium ei Prætor non dabit: æquiſſime enim hoc facit, cum non deberet diſplicere conditio jurisjurandi ei qui detulit*. Judiciale jusjurandum vocatur, quod a Judice alterutri litigantium cauſa cognita defertur in cauſis dubiis atque ambiguis *l.* 31. *D. h. t.* Poſſet & hoc dici neceſſarium: quia neque recuſari, neque referri, poteſt. rectius tamen judiciale dicitur proprio nomine: tum quia a ſuperiore ſeparandum fuit; tum quia a Judice, non a parte parti, deferri ſolet. Vides diviſionem Rubrica comprehenſam, ac meo judicio non abſurdam. Sed eam damnant multi: inter cæteros Franciſcus Polletus, *lib.* 4. *Hiſt. For. Rom. c.* 13. *p.* 383. exiſtimans, parum ingenuam eſſe. ac Polletum juvare creditur Gajus *l.* 1. *h. t.* verbis ſequentibus: *Maximum remedium expediendarum litium in uſum venit jurisjurandi religio: qua vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis, deciduntur controverſiæ*. Gajus tantum duplex facit jusjurandum: voluntarium & judiciale: omiſſo neceſſario. Sed quid vetat, Gajum ſic accipi, quaſi ſub jurejurando ex litigatorum pactione omne complectatur jusjurandum ex litigantium voluntate præſtitum; ſive ſit mera utriuſque partis voluntas, ſive a delatione unius, & relatione alterius, habeat cauſam: nam relatum, etſi ex Edicto Prætoris accipiat neceſſitatem; originem duxit ex pactione, id eſt, ex conſenſu litigatorum: nec, ob factam relationem, ex voluntate, vel ut Gajus ait, ex litigatorum pactione, venire deſinit. utique fuit deferenti integrum, deferre aut non deferre jusjurandum: ſed cum voluit adverſario deferre, etiam voluit, ei eſſe referendi ejus facultatem: ſciens, jusjurandum adverſario a ſe delatum, ſibi jure Prætorio ab eo referri poſſe. Sit igitur delatum in judicio jusjurandum voluntarium; & relatum neceſſarium: eſt tamen utrumque ex pactione, id eſt, ex conſenſu, litigatorum; eoque ut Gajus ait *d. l.* 1. *h. t.* duplex: aliud ex pactione ipſorum litigatorum, aliud ex auctoritate Judicis: cum præſertim hoc litigatorum conſenſum, ſive pactionem, non deſideret.

Miſſa hæc facio: properans ad Edicti capita. fuere complura. primum ſic concinno ex *l.* 3. *l.* 5. §. 4. *l.* 6. & *l.* 7. *D. h. t. Si is cum quo agetur, conditione delata, juraverit, aut ei remiſſum fuerit jusjurandum, ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo*. Hoc capite Prætor reo, qui conditione delata juraverit, ſe non debere, exceptionem promittit, ſi ab actore iterum conveniatur. Auctor Ulpianus; *Eum*, inquiens, *cum quo agetur*, accipere debemus ipſum reum *l.* 3. *h. t.* At qualem? non diſtinguit Prætor. & recte Paulus: *l.* 26. *h. t.* Qui juraſſe dicitur, nihil refert, cujus ſexus, ætatiſve ſit: omni enim modo debet cuſtodiri jusjurandum adverſus eum qui contentus eo, cum deferret, fuit. De pupillo, ſi juraverit, potuit dubitari: propter jurisjurandi formulam, *Si ſciens fallo:* (cujus formulæ exempla apud Briſſonium *lib.* 8. *De formul. p.* 710. & *ſeq.*) nam hujus capax non eſt pupillus; quia non videtur pejerare qui ſciens fallere non videtur. Sed nil mutat Paulus *d. l.* 26. arbitratus, a Prætore non quæri, quis juraverit: ſed an is juraverit, delata conditione, id eſt, quaſi ex conventione: quod ſi ſit; imputare ſibi debere eum qui pupillo jusjurandum detulit. Qualiſcumque igitur ſit reus; ipſi ſi juret, prodeſt jusjurandum. ſi alius juret; non prodeſt reo: quia de reo loquitur Prætor: de alio non loquitur. Si tamen ſervus juraverit, dominum dare non oportere; non reſiſtit Ulpianus, quo minus indulgenda domino exceptio ſit: & bene addit, quod ſibi imputabit qui ſervo detulit jusjurandum *l.* 23. *D. h. t.* cum ſervus, tamquam inſtrumentum domini, ejus conditionem poſſit facere meliorem. Multo magis, inquit Paulus, patri proderit religio filii: quia non modo patri per filium adquiritur, ſed poteſt etiam judicium cum filio conſiſtere *l.* 24. *h. t.* Sic: ſi ſervus meus juraverit, delato ei jurejurando. ſed finge, relato juraſſe,

raſſe, rem domini eſſe, vel ei dari oportere. Aliquis putet, jam inutiliter jurari: quia jusjurandum de re domini deferre non poteſt ſervus: ne deteriorem faciat domini conditionem, etſi aliud ſit in cauſa peculii, cujus liberam habet adminiſtrationem *l.* 21. *&* 22. *h. t.* Sed contra ſedet Ulpiano, adhuc dandam mihi actionem vel pacti exceptionem, propter religionem & conventionem. *l.* 25. *d. t.*

Ait igitur Prætor: *Si is cum quo agetur, juraverit*; & liquet, intelligere reum. Nondum liquet, quid ſignificet hoc, *agetur*. Nam & civiliter & criminaliter dicitur agi in *l.* 1. *D. de ſtellionatu*, & in Rubrica Codicis, *Quando civilis actio criminali præjudicet.* Proprie tamen actio convenit civilibus cauſis: in criminibus magis accuſatio appellatur *l.* 16. *C. Ad Leg. Cornel. de falſ.* In propoſito autem retineri propriam verbi ſignificationem oportere, evidens habeo argumentum: quod de criminibus extra ordinem cognoſcit Præfectus Urbi: Prætoris imperium contra civilibus cauſis finitur. id ſi eſt, ut eſt veriſſimum; an potuit Prætor, in Edicto faciens mentionem actionis, ſub ea complecti extraordinariam criminum accuſationem de qua jus cognoſcendi pronuntiandique non habebat? ego de hac eum ne cogitaſſe quidem, pro explorato habeo. Ad hoc argumentum accedit alterum: quod rationis fuit, litigantes de ſua actione, id eſt, de privata eorum utilitate paciſci, eoque jusjurandum certa lege deferre: at de utilitate vindicandæ publicæ diſcipliuæ, quo unice ſpectant criminalia judicia, non poſſe eos tranſigere aut paciſci, alibi dictum. qui igitur ea jurisjurandi delatione aut relatione tollere atque intervertere, eis jus ſit, numquam potui ad conjecturam evadere. Sed clare Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 1. ſic ſcribens: *In pecuniariis cauſis ſi alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus eſt: hoc enim & compendio litium & æquitatis ratione proviſum eſt.* Paulus cauſas in quibus jusjurandum alteri litigantium ab altero defeatur, pecuniarias eſſe atteſtatur: ſicut & Ulpianus *l.* 34. *D. h. t.* rationem autem hujus juris duplicem adfert Paulus *d. tit.* 1. una eſt utilitas minuendarum litium, altera æquitas de propriis rebus pro cujuſque arbitrio diſponendi: utraque ad privatam, neutra ad publicam, utilitatem ſpectat. Putemus igitur, actionis nomine a Prætore ſolas civiles & pecuniarias hoc Edicto deſignari. Et tamen vel in civiles actiones cadere poteſt dubitatio: actionis ſignificatione aliquando anguſta, aliquando lata: prout mens ſcriptoris, poſtulat *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif. l.* 37. *D. de oblig. & act.* Sed ſimpliciter loquitur Prætor, *Si is cum quo agetur:* nec actioni modum injicit. videtur igitur ſenſiſſe de omnibus actionum formis, ad ejus juriſdictionem pertinentibus: præſertim nulla cauſa, cur reſtringenda in Edicto ſit actionis poteſtas: pari in omnibus utilitate tollendæ litis remedio jurisjurandi ex utriuſque voluntate delati & præſtiti ſine tertii injuria. Sed profecto unuſquiſque eſt ſuæ rei in paciſcendo tranſigendoque arbiter & moderator: quid ni in delatione & præſtatione jurisjurandi, pactionem & tranſactionem in omni privata actione continentis? Hoc Ulpianus *l.* 3. §. 1. *& ſeqq. h. t.*

Porro ait Prætor, *Conditione delata:* Quid hoc? Donatus ad Terentium *Andria act.* 1. *ſc.* 1. *Conditio*, inquit, *eſt pactio certam legem in ſe continens.* Inde conditionem ferre, vel deferre, eſt præſcribere formulam: qua impleta, placeat a lite diſcedi. Hoc ſenſu Livius *lib.* 37. *c.* 1. Verba Livii: *Duæ conditiones illis latæ ſunt: vel Senatui liberum arbitrium de ſe permitterent; vel mille talentum darent.* Optime igitur in *l.* 3. *D. h. t.* ſic Ulpianus, *Nec fruſtra adjicitur*, conditione delata. *Nam ſi reus juraverit, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tuebitur.* Quam ob rem? ait: *Quia ſibi juravit:* jurans, non delata ab actore conditione. Et commode addit: *Alioquin* (id eſt, ſi liceret ſic jurare) *facillimus quiſque ad jusjurandum decurrens, nemine ſibi deferente jusjurandum, oneribus actionum ſe liberabit.* quod nec civilis, nec naturalis ratio patitur. Ut igitur reo proſit jusjurandum, vult Prætor, eo delato eſſe juratum; plus poſtulat, ita præſtitum eſſe, uti delatum eſt. Videlicet, fuit ei negotium, jusjurandum pro probatione futurum inter litigantes, præſtari genere quodam conventionis. Ac moviſſe eum videtur, quod omne jusjurandum eſt inventum religionis injiciendæ cauſa: quæ non eſt omnibus ex omni re una: ſed pro varietate ſuperſtitionis alii alia. hac ratione credidit, æquum eſſe reum jurare; ut actor voluit jurari ſibi, etſi propria ſuperſtitione *l.* 5. §. 1. *h. t.* modo licitum fuerit jusjurandum: & ſi ita juratum ſit, ſervari fidem delati & præſtiti jurisjurandi: ſin aliter, non ſervari adverſus actorem cui non ſit juratum. Ne ſine auctoritate ſit interpretatio, allegabo Ulpianum *d. l.* 3. §. *ult.* ita ſcribentem: *Jurare oportet, ut delatum eſt jusjurandum. cæterum ſi ego detuli, ut per Deum jurares, tu per caput tuum juraſti: non erit ratum habendum jusjurandum. quod ſi exegi, ut per ſalutem tuam jurares, & juraſti: ſtabitur jurijurando: quia omne omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis ſibi jurari, idoneum eſt; & ſi ex eo fuerit juratum, Prætor id tuebitur.* Ego detuli tibi jusjurandum, ut per Deum jurares: extortura tibi verum reverentia Divini Numinis. tu per caput tuum juraſti: arbitratus, non nominato Deo, non contemni religionem, nec pejerari: magis rem ludicram eſſe. Non juraſti, uti Prætor voluit, conditione delata, id eſt, non ex præſcripto meo. non igitur juraſti mihi,

hi, ſed tibi. Atqui hæ quoque formulæ in diras deſinunt, & pro jurejurando ſunt. Non nego, ſi id convenerit. At ſi non ita delatum eſt jusjurandum: Prætor id non habet ratum. Optime ſic Ulpianus *l. 33. D. h. t. Qui per ſalutem ſuam jurat, licet per Deum jurare videtur, reſpectu enim Divini numinis ita juratur, attamen ſi non ita ſpecialiter jusjurandum ei delatum eſt, juraſſe non videtur: & ideo ex integro ſolemniter jurandum eſt.*

Igitur ut reo proſit jusjurandum, oportet juratum eſſe, conditione delata. A quo? ſilet Edictum. ſolum dicit, *Si conditione delata juraverit:* nec a quo delata ſit, inquirit. Sed mihi ſedet, quod deeſt Edicti verbis, juris comparatione ſupplere quaſi ex Edicti mente. huic interpretationi fundamentum: quod jusjurandum a Veteribus dicitur cedere pro pacto, pro ſolutione, pro judicio *l. 35. §. 1. D. h. t.* nec patitur ratio, alterum per alterum his & ſimilibus lædi. an igitur ſinat, injuriam fieri jurejurando? Melius ominantur Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. de rebus creditis.* Eutychianæ cuidam ſic reſcribentes: *Nec filius, nec quiſquam alius, nec litigando, nec paciſcendo, ſed neque jusjurandum citra voluntatem dominæ rei deferendo, præjudicium ei facere poteſt.* Quid, ſi paris æquitatis ſit; ne quis ipſe noceat tibi, niſi quod agit, ſciat & intelligat? Sic eo devenitur; ut opus ſit, delaturum jusjurandum non modo litis dominum eſſe, ſed etiam habere jus res ſuas adminiſtrandi. Ab hac cauſa Paulus *d. l. 35. §. 1. h. t.* negat, prodigum, licet ſit rerum ſuarum dominus, jusjurandum deferentem, audiendum eſſe: quia interdicta ei bonorum adminiſtratione, ultra non putatur eſſe ad deferendum jusjurandum habilis: qualem deſiderat Edicti ſententia. idque firmat Paulus hoc argumento: quod neque paciſci, neque litigare in judicio, neque ſolvere ei permittitur: cum jusjurandum pacti, judicii, ſolutionis, aut imaginem aut effectum habeat. Quod de prodigo dictum, Paulus *d. §. 1. l. 35.* admittit in cæteris ſimilibus. nec dubito, quin deſignet pupillum: quem in *l. 17. §. 1. h. t.* refert, tutore auctore jusjurandum deferre debere: quod ſi ſine tutore auctore detulerit, exceptionem quidem obſtaturam, ſed replicandum fore, Quia rerum adminiſtrandarum jus ei non competit. Idem vel ſimile in minore viginti quinque annis, utique habente curatorem: nam amiſſa bonorum adminiſtratione, prodigo non abſimilis habetur. quid, ſi ſine curatore ſit conſtitutus? jam ſui juris eſt, & adhuc habet rerum ſuarum adminiſtrationem; nec eſt cauſa, cur non valeat ab eo facta jurisjurandi delatio: ut tamen captus lubrico ætatis, poſſit in integrum reſtitui, cauſa cognita *l. 3. C. de in integr. reſtit. min.* Sed hoc in propoſito tractat Ulpianus *l. 9. §. 4. D. h. t.* illuſtratus, ſupra ſub Titulo, *Quib. ex cauſ. majores.*

Sit igitur hæc, quam quærimus, Prætoris ſententia, oportere jusjurandum reo eſſe delatum ab actore qui ſit litis dominus, & habeat bonorum adminiſtrationem. Et tamen ſi non ſit vere talis, modo juris intellectu pro eo habeatur; non fuerit abſurdum, vel huic idem concedi jus quod domino. Talis lege ſit tutor, quatenus ad providentiam pupilli attinet *l. 27. D. de admin. tut.* ideoque ratum habetur jusjurandum ab eo delatum pupilli nomine *d. l. 17. §. 2. h. t.* Similiter domino ejus voluntate aſſimilatur procurator: ſive habeat ſpeciale mandatum ad deferendum jusjurandum; ſive ſuſtineat omnium bonorum adminiſtrationem. cæterum in rem ſuam procurator nomine procurator, re vera dominus eſt. *d. l. 17. §. ult.* Plane, ſi mandatum fuit procuratori, ut petat; ille jusjurandum detulit: negat Ulpianus, ſervari jusjurandum: hac ratione, quod aliud fecit, quam ei mandatum eſt *l. 19. h. t.*

Nec hoc ſileri oportet: quod inter dominum & eum qui domini loco ſit, intereſt: quod illius liberum eſt arbitrium etiam in abutendo: iſtius poteſtas adminiſtratione terminatur. itaque alteri licet jusjurandum deferre, etiam cum aliæ ſuppetunt probationes: alteri, niſi omnibus probationibus deficientibus, non licet. Hoc non dicam clara evincit ratio: ſed Paulus *l. 35. h. t.* Prætcrea obſervat Ulpianus *l. 1. §. 1. D. Quar. rer. act. non dat.* ita juris eſſe, ne tutor jusjurandum alibi; quam in judicio, deferat.

Fere mihi exciderat, quod Prætor, promittens ſervare jusjurandum, a reo delata conditione præſtitum, non ſic accipiendus eſt; quaſi nolit intereſſe, utrum id quandocumque, an ſtatim ac delatum eſt, ſuſceptum aut impletum ſit. contra ait Ulpianus *l. 5. §. ult. h. t.* ſi neque juratum eſt, neque remiſſum jusjurandum: id eſt, ſi non juravit ſtatim, ac delatum eſt jusjurandum, aut ſi non ſtatim fuit paratus jurare: pro eo debet haberi, atque ſi res in jusjurandum admiſſa non eſſet. proinde ſi poſtea paratus ſit reus jurare: nihil ei hoc jusjurandum proficiet: quia ex eo quod delatum eſt, juratum non eſt.

Deinde ait Prætor: *Aut jusjurandum ei remiſſum fuerit.* Hæc verba ſum mutuatus ex *l. 5. §. ult. & l. 9. §. 1.* ſed quid volunt? Paulum audi *l. 6. h. t.* ſic ſcribit: *Remittit jusjurandum qui deferente ſe, cum paratus eſſet adverſarius jurare, gratiam ei facit: contentus voluntate ſuſcepti jurisjurandi. Quod ſi non ſuſcepit jusjurandum, licet poſtea parato jurare, actor nolit deferre, non videbitur remiſſum: nam quod ſuſceptum eſt, remitti debet.* Abuterer otio; adhuc inſtituens probare, *jusjurandum remittere, & jurisjurandi gratiam facere*, apud Paulum idem ſignificare. dudum hoc occupavit Briſſonius *De verb. ſignif.* & Torrentius, *Notis ad Suetonium.* Utilius obſervabo, a Paulo dici, jusjurandum

remitti; ſi actor videns jusjurandum quod reo detulit, ab eo ſuſcipi, (hoc enim Paulo eſt, reum eſſe paratum jurare) præſens verbis declaret, ſe eſſe contentum voluntate ſuſcepti jurisjurandi. at non ita eſſe; ſi actor, reo non ſuſcipiente ſtatim jusjurandum, ac defertur, ſed poſtea, quam ad alia negotia eſt diſceſſum, parato jurare, id eſt, jurisjurandi præſtationem poſt intervallum offerente, eum nolit ad jusjurandum admittere. & cauſatur Paulus, non remitti reo jusjurandum, niſi ſuſceptum in continenti: hoc vero non eſſe ſuſceptum. igitur poſſe quidem revocatum videri: remiſſum vero non videri: proinde actori eſſe adhuc integrum jus deferendi, aut non deferendi jurisjurandi. Sed apparet, poſſe præſenti & ſcienti remitti jusjurandum. An abſenti quoque & ignoranti poteſt? Labeo patitur apud Pomponium *l.* 41. *D. h. t.* modo (ſic mihi ſedet) ante fuerit ſuſceptum forte a præſente; aut per nuncium, perve epiſtolam ab abſente. hoc igitur modo Pomponius, per epiſtolam, inquit, gratia jurisjurandi fieri poteſt. Habes meam ſententiam. alia eſt Jacobi Rævardi *lib.* 5. *Var. c.* 2.

Sequitur in Edicto: *Ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Res multa ſignificat. Auſonius *Edyll.* XII.

Imperium, litem, venerem cur una notet res. Hic pro lite accipitur: non tamen pro actione qua illa lis exercetur: ſed pro cauſa quæ fuit in controverſia, & eſt jurejurando transacta. id liquet ex *l.* 28. §. 4. 6. & 7. ſuffecerit, expoſuiſſe *d.* §. 4. ſpecies talis eſt. Aliquis in actione mandati, negotiorum geſtorum, pro ſocio, aut ſimili, juravit, ſe nihil debere. is adverſus fidem delati & præſtiti jurisjurandi eadem actione iterum conventus, poteſt ſe tueri exceptione jurisjurandi. Sed fac, alia conveniri actione; puta, condictione Si certum petetur, cum omnibus ſuperioribus ſolita concurrere *l.* 9. *D. de reb. credit.* an licet reo vel hic uti exceptione jurisjurandi? non eſt, fateor, juratum de certi condictione. interim eſt juratum de ea re, de ea cauſa, de ea quæſtione, ex qua nata eſt certi condictio qua nunc agitur. placet igitur, vel in ea obſtare jurisjurandi exceptionem: quia ut non ſit eadem actionis forma, at eadem vertitur quæſtio. fuerit argumentum, quod altera actio per alteram conſumitur. proinde ſi de eadem quæſtione juratum eſt; debet jusjurandum de ea delatum & præſtitum, quacumque actione de ea agatur, pro veritate haberi *d. l.* 28. §. 4. &, ut dixi, obtinere jurisjurandi exceptio; quia eſt de hac juratum: ſin alia vertatur quæſtio, non obtinere; quia de ea juratum non eſt. Non adfero exempla: ſunt pulchra & clara *d. l.* 28. §. 5. 7. 8. & *l.* 36. *h. t.*

Ait igitur Prætor, ſe non daturum actionem ejus rei ſive quæſtionis de qua juratum eſt. Nec dubium eſt, quin rei appellatione veniat res tota. nec minus pars, quamvis verba Edicti de re loquantur: in parte ſimili æquitate quæ eſt in tota *l.* 7. *D. h. t.* cum in toto pars inſit *l.* 113. *D. de reg. jur.* & appellatione rei etiam pars contineatur *l.* 72. *D. de verb. ſignif.*

Porro ait Prætor: *Neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Verba, actionem non dabo, patent latiſſime: non adſcripto modo aut conditione. Inde Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. h. t. Dato*, inquit, *jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, remiſſa quæſtione, an debeatur, quaſi probatum ſit jurejurando.* Æque Julianus *l.* 15. *D. de except.* Verba: *Adverſus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari: cum Prætor id agere debet, ne de jurejurando cujuſquam quæratur.* De quo in ſequentibus plura.

Nunc videndum, quid indigitent verba, *Actionem non dabo.* Aliquis putet, ea loquendi forma actionem ipſo jure infirmari. Sed errabit: non eſt enim Prætoris, palam & directo tollere actionem jure civili ſubnixam: quia non eſt ejus, abrogare Leges Populi, ſed eas exequi. Verius non ignorat Prætor, actionem, etiam poſt delatum & præſtitum jusjurandum, adverſus reum ſummo jure competere. verum ubi placuit partibus, a lite recedi ſub lege præſtandi jurisjurandi: viſum ei eſt iniquum, deinde neglecta pactione, de perjurio quæri: ac proinde actori denuo agenti actionem denegat: quaſi ex utriuſque conſenſu ſatis probato, nihil deberi *l.* 5. §. 2. & *l.* 11. §. 3. *D. h. t.* quo caſu legibus nulla daretur actio. Sic; ſi liqueat, juratum eſſe. at ſi controverſia ſit, an juratum ſit: jam actionem quidem dat actori: ſed addita exceptione, Extra quam ſi juratum ſit, delata ab eo conditione: *l.* 9. *D. h. t.* & §. 4. *Inſt. de except.* eoque facto, nihil intereſt, utrum ipſo jure non habeat actionem, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.*

Igitur pollicetur Prætor exceptionem ei qui juravit; etiam ei ad quem ea res pertinet *l.* 7. *D. h. t.* Hic qui juravit, certus eſt. at quis ille ad quem ea res pertinet? is, opinor, ad quem ea lis, ſive ejus litis qua de juratum eſt, commodum incommodumve pertinet. ſenſus: Quiſquis poteſt ea ex cauſa de qua juratum eſt conveniri, huic prodeſt jusjurandum; in eumque actori denegatur actio, tamquam ſi cum eo qui juravit, ageretur. proficit igitur jurantis religio ejus heredi, ſi in actione in perſonam ſit juratum: eſt enim heres ſucceſſor juris, id eſt, univerſi juris, ideoque litis *d. l.* 7. quod ſi juratum ſit in actione in rem; jam proderit jusjurandum ei qui in rem ſucceſſit *l.* 8. *h. t.* id eſt, ei ad quem non univerſum quidem jus, ſed res ea qua de agitur, pervenerit *l.* 24. §. 1. *D. de damn. infect.* quo in numero eſt legatarius aut emptor aut ſimi-

ſimilis. talis enim ſucceſſor æque atque auctor, in rem actione tenetur: hac videlicet cum perſona domini & poſſeſſoris ambulante. Nec vero mirum, jusjurandum ſic prodeſſe ſingulari ſucceſſori; cum non proſit ei ſtipulatio in Edicto Ædilitio & ſtipulatione Prætoria (de quibus in *l.* 19. §. 5. *D. de Ædil. Edict.* & *l.* 70. §. 1. *D. de verb. ſign.*) intereſt enim, quod in iſtis ſpeciebus obligatio non tranſit ad ſucceſſorem rei: in præſenti res tranſit, mutato poſſeſſore. Æque non obſtat, quod alteri per alterum neque actio, neque exceptio, adquiritur *l.* 1. *C. Per quas perſon. adq.* Id enim tum verum eſt; cum volumus, alteri principaliter adquirere: ei directo paciſcentes *l.* 11. *D. de oblig. & act.* at quod alicui jam eſt adquiſitum, id quo minus ab eo ad alterum transferatur, cauſa non eſt.

Negat igitur Prætor, actionem ſe daturum in ipſum qui juravit, etiam in eum ad quem ea res pertinet. An in fidejuſſorem quoque? Paulus *l.* 28. §. 1. *h. t.* ſic ſcribit: *Quod reus juravit, etiam fidejuſſori proficit.* Et recte: nam quia non placet, fidejuſſorem obligari in duriorem cauſam, quam reum principalem; oportet exceptionem, quoties reo datur, etiam fidejuſſori dari *l.* 19. *D. de except.* utique, ſi rei cohæreat: nam ſi perſonæ competat; aliter dicendum eſt *l. ult. D. h. t.* Prodeſt igitur rei jusjurandum ejus fidejuſſori. An reo viciſſim prodeſt jusjurandum fidejuſſoris? Paulus putat *d.* §. 1. *l.* 28. Atqui in pacto fidejuſſoris aliter cenſet *l.* 23. *D. de pactis.* Quid, ſi huic difficultati per ſe ipſe ſuccurrit *d.* §. 1. præfatus, quod jusjurandum ſuccedit in locum ſolutionis? Et hoc, inquis, obſcurius: cum poſſit quæri; unde ea vis ſit jurijurando, ut pro ſolutione ſit: certo, non eſſe aliam ejus poteſtatem, quam pacti nudi. Ita eſt, fateor: ſtantibus intra proprietatem rei. Sed ab ea aliquando receditur, poſtulante æquitate. ſic pro re judicata, ſic pro novatione, aut pro acceptilatione eſt jusjurandum. & miramur, cedere pro ſolutione? Ait tamen Paulus, hoc ſic procedere: modo ſit de ipſo contractu, & de re, non de perſona jurantis actum. pone: fidejuſſor conditione delata juravit, ſe vel reum ſolviſſe debitum. de ipſo contractu & de re juravit. quid dicimus? ſic juranti fidem eſſe omni modo ſervandam. igitur neuter, nec fidejuſſor, nec reus, ſolvere debitum quod ſolutum putatur, cogi debet. . Atqui pactum fidejuſſoris ipſi prodeſt; reo non prodeſt. Sic eſt: ſi fidejuſſor paciſcatur, ne a ſe petatur: quia ſic ſibi pactus eſt: & ſi paciſcatur, ne a reo petatur, non intereſt ejus. neutro igitur pacto tollitur, aut pro ſublato habetur, debitum. Sed jurato a fidejuſſore, ſolutum eſſe debitum: de eo quaſi extincto neuter tenetur, neque reus, neque fidejuſſor: quia jusjurandum, ſive verum, ſive falſum, pro veritate habetur. cedit igitur jusjurandum pro ſolutione tam reo, quam fidejuſſori.

Superiori Pauli loco jungam §. 3. *d. l.* 28. ſuadente vicinitate. Ecce: unus ex duobus reis promittendi, conditione delata, juravit, ſe ſtipulatori ſolviſſe quod promiſit. nemo ambigit, quin id jusjurandum juranti, iterum convento a ſtipulatore, proſit per exceptionem jurisjurandi. ſed an correo ejus prodeſt? atqui alterius pactum alteri, niſi ſocio, non prodeſt; ut demonſtratum *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c. ult.* Quid Paulus? ait, alterius correi jusjurandum etiam alteri prodeſſe: nempe, quia una eſt utriuſque obligatio: qua extincta unius ſolutione, uterque liberatur *l.* 2. *D.* & §. 2. *Inſt. de duob. reis.* porro jusjurandum pro ſolutione eſſe, ante dictum. placet igitur, uno jurante, ſe ſolviſſe, alterum eo jurejurando perinde liberatum intelligi, ac ſi ab altero ſolutum eſſet debitum. nec diſtinguit Paulus; utrum ſocii ſint, an non ſint: etſi in pacto contra ſit: quia pactum non habetur pro ſolutione, nec obligationem tollit ipſo jure, ſed per exceptionem. Tantum de primo Edicti capite.

Quod alterum? non extat. exemplo tamen ſuperioris capitis, licebit ſenſum hoc modo formare: *Si actor, conditione delata, juraverit, vel jusjurandum ei remiſſum fuerit, ejus rei de qua delatum fuerit jusjurandum, in ipſum qui detulit, inque eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Hoc capite Prætor actionem concedit actori, ſi juraverit, conditione delata, aut ea jurare parato ſit remiſſa: quemadmodum ſub eadem conditione reo promiſit exceptionem. Nec eſt inveriſimile, quod tam actionem, quam exceptionem, ſimpliciter propoſuit: ideoque ajunt Veteres, hoc judicio non principalem exerceri cauſam, ſed jusjurandum actoris conſervari *l.* 30. *D. h. t.* neque ulterius quæri, an debeatur: ſed ſolum, an actor juraverit, ſibi dari oportere; vel cum jurare paratus eſſet, ei remiſſum ſit jusjurandum *l.* 9. §. 1. *D. h. t. l.* 8. *C. de reb. credit.* §. 11. *Inſt. de act.* Sed hæc, hiſque affinia, occaſione prioris capitis impenſius explicita, in præſenti repetenda non ſunt. Saltem monebo; quod Prætor actori, poſtulante adverſario, juranti, ſibi deberi pecuniam quam peteret, neque ei ſolvatur, actionem in factum accommodavit. Hoc enim nomine appellatur *d. l.* 8. *C. de reb. credit. l.* 11. §. 1. *D. h. t.* alibi dicitur utilis actio *d. l.* 11. §. *ult. l.* 29. *l.* 13. §. 1. *D. d. t.* eſt etiam, ubi vetere deſignatur nomine, quale eſt ex empto, pro ſocio, pigneratitia *d. l.* 13. §. 3. 4. & 5. Interim eſt una actio tribus nominibus deſignari ſolita. primum Vetus dicitur: eo quod contractus jurejurando confirmatus, perinde habetur, ac ſi probatus eſſet *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 3. *D. h. t.* nec eſt abſurdum, quemadmodum tum parata eſſet in perſonam actio: ita ſi juratum ſit, eam eſſe utilem: quia directa de-

mum competit illi qui vere contraxit: jurans autem ſe contraxiſſe, non utique contraxit: poteſt enim falſo juraſſe. Accipit igitur Prætoris interpretatione, perinde ac ſi contraxiſſet, propter religionem & conventionem, (ut dicitur in *l. 25. D. h. t.*) actionem utilem: id eſt, actionem in factum. niſi miramur, actionem utilem in factum actionem appellari. at hoc claret ex *d. l.* 11. §. 1. *&* 3. *D. h. t.* Eſt igitur una actio, propter jusjurandum hoc Edicto propoſita, licet tribus appelletur nominibus.

Sed qualis? in perſonam. quo argumento? triplice: primum eſt, quod vocatur in factum actio. alterum eſt, quod dicitur proficiſci ex conventione *l. 26. h. t.* quaſi ex contractu *l. 5. §. 2. D. de peculio.* tertium, quod a Juſtiniano palam enumeratur inter perſonales actiones §. 8. *&* 11. *Inſt. de actionib.* Eſt igitur in perſonam actio. nec diſtinguo; utrum juratum ſit in actione in rem, an in actione in perſonam: quia generalis eſt Prætoris ſermo: & utraque in ſpecie concurrit actoris & rei conſenſus. poſtremo ſcribit Ulpianus in *l.* 11. §. 1. *h. t.* ſi a poſſeſſore juratum ſit, rem ſuam eſſe, ei adverſus deferentem jusjurandum ad quem poſſeſſio pervenerit, in factum actionem competere. Eſt igitur actio ex jurejurando ex hoc Edicto in perſonam; etiam cum eſt in actione in rem juratum. Atqui ei qui juravit, rem ſuam eſſe, Publiciana datur in rem actio *l. 7. §. 7. D. de public. in rem act.* Recte mones: ſed id non vetat, quo minus ea in ſpecie etiam obtineat Prætoria in factum actio.

Intellecta hujus actionis forma, facile evincitur, cui & adverſus quem detur. cum enim juratum ſit ex conſenſu ejus qui detulit aut retulit & qui præſtitit jusjurandum; quod dubium eſt, quin Prætor eam juranti dederit adverſus deferentem, eumque ad quem ea res pertinet? itaque Edicto reſtitui, præeunte Ulpiano *l. 9. §. ult. D. h. t.* Nec tamen fuerit iniquum, hanc vice verſa etiam ei qui detulit, adverſus jurantem dari. Ubi? in contractibus ex quibus mutuæ naſcuntur petitiones, ut fit in emptione & venditione, ſocietate, pignore. Audio: ſed unde actio ei qui non juravit: cum in Edicto juranti detur adverſus deferentem? Sit ita ex Prætoris verbis: ſed quod dixi, ejus menti debetur. atque evidente argumento: ſi enim juravit actor, ſe emiſſe ab adverſario: nonne juravit quoque, eum ſibi vendidiſſe: nulla emptione ſine venditione? proinde ſi cupiat, ſervari jusjurandum ſuum, ut ſibi ejus quod emit, vacua tradatur poſſeſſio: rationis eſt, id ſervari quoque hactenus; ut venditori viciſſim ſolvatur pretium ei debitum. clarum hoc in præſente exemplo *l.* 13. §. 3. *D. h. t.* at non minus in ſimilibus quæ ſunt in §. 4. *&* 5. & valde ibi placet illud, *Quæ non eſſe extra æquitatem poſita, non negaverim.* Eſt enim indicio, hæc deberi Edicti ſententiæ. nam ex verbis actio dumtaxat juranti datur adverſus eum qui jusjurandum detulit, & qui in ejus locum ſucceſſerunt. cæterum volenti, adverſus alium prærogativa jurisjurandi uti, nihil prodeſſe, Ulpianus ait *l. 9. §. ult. D. h. t.* ac ſubjicitur in *l.* 10. ratio: *Quia non deberet alii nocere quod inter alios actum eſſet.* Fuit hoc vel ideo notandum; quia hinc diſcitur, ſucceſſorem juris vel rei in hoc Edicto, quantum attinet ad rem in quam ſuccedit, non intelligi alium ab eo cui ſuccedit, ſed perſonam eamdem auctori ſuo haberi.

Tempus eſt, cogitare de effectu hujus actionis. eſt vero hic: quod ea habetur ad ſimilitudinem actionis rei judicatæ *l. 8. C. de reb. cred.* Ubi? maxime in duobus: primum in petitione eorum quæ veniant in actionem de qua juratum eſt: itemque fructuum & acceſſionum. ſcilicet, quia hæc actio non eſt nova aut principalis. magis eſt nova qualitas priori & veteri actioni propter delatum & præſtitum jusjurandum adjecta. Pone, ſi lubet, actionem ex empto. in ea petuntur quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate: id eſt, ut emptori ipſa res tradatur, & de evictione caveatur *l.* 11. §. 1. *&* 2. *D. de act. empt. & vend.* Idem ſi quis juraverit, me ei vendidiſſe rem centum: nam poterit ex empto (utili, ſive in factum, actione) agere, ut ei cætera præſtentur, id eſt, res tradatur, & de evictione caveatur *l.* 13 §. 3. *D. h. t.* Simile in petitione hereditatis, in qua juratum ſit, obſervari, Ulpianus ait *l.* 11. §. *ult. d. t.* Verba Ulpiani. Si cum de hereditate inter me & te controverſia eſſet, juravero hereditatem meam eſſe, id conſequi debeo, quod haberem, ſi ſecundum me de hereditate pronunciatum eſſet. & non ſolum eas res reſtituere debes quas tunc poſſidebas, ſed & ſi quas poſtea cœpiſſes poſſidere. perindeque haberi quod juratum eſt, atque ſi probatum eſſet: idcirco utilis actio mihi competit. Sic plerumque: non ſemper. Paulus certe egregie temperat *l. 30. D. h. t.* ſcribens: Eum qui juravit ex ea actione quæ inficiando creſcit, aliquid ſibi deberi, ſimpli, non dupli perſecutionem ſibi adquirere: abunde enim ſufficere, exonerare petitorem probandi neceſſitate; cum omiſſa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat. & poſſe dici, hoc judicio non principalem cauſam exerceri, ſed jusjurandum actoris conſervari. Dedi effectum unum actionis in factum de jurejurando. Quis alter? vertitur in certa ejus executione, exemplo actionis rei judicatæ: eoque percrebuit, poſt jusjurandum non quæri, an debeatur, ſed an juratum ſit. Sic Ulpianus *l. 9. §. 1. D. h. t.* & Juſtinianus §. 11. *Inſt. de actionib.* de quo plura ad finem.

Tertium Edicti caput videtur conceptum fuiſſe in hunc ſenſum: *Eum a quo jusjurandum petetur, ſolvere aut jurare cogam: ſi is qui petet jusjurandum, paratus ſit jurare, non calum-*

niæ

niæ cauſa id ſe poſtulare. *Si jusjurandum referre malet, quam jurare, poteſtatem faciam. Si is qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo.* Ratio Edicti juſtiſſima. Nam modeſte agit, qui adverſarium, delato jurejurando, facit teſtem, & quodammodo judicem, in propria lite. contra turpiter agit qui eam conditionem non accipit, aut non refert *l.* 38. *h. t.* quid ſi non debet ei qui jusjurandum detulit, diſplicere conditio quam in adverſarii perſona æquam credidit *d. l.* 34. §. 7? At enim multi ſunt ſuperſtitioſi & timidi: alii contra leves, ac perjuri. ita nec jurare facile, nec referre. Sed utilitas dirimendarum litium quam præbet jusjurandum, prælata eſt privatæ ſuperſtitioni. Quamquam etiam rarior ea ſuperſtitio. Poſtremo eſt hæc Prætoris cura; ne cui jusjurandum temere aut calumnioſe deferatur. Promittit igitur Prætor, ſe coacturum eum a quo jusjurandum petetur, ſolvere aut jurare *l.* 34. §. 6 *h. t.* Et ſunt latiſſima ejus verba. Olim excepta fuit Veſtalis virgo, & Flamen Dialis: teſte Gellio *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 15. Verba Gellii ſunt hæc: *Verba Prætoris ex Edicto perpetuo de Flamine Diali & ſacerdote Veſtæ adſcripſi. Sacerdotem Veſtalem & Flaminem Dialem in omni mea juriſdictione jurare non cogam.* Sed hanc exceptionem ſuſtuliſſe videtur Tribonianus, abolita vetere Gentilium ſuperſtitione.

Porro ait Prætor, *Solvere aut jurare cogam.* Nec dubium eſt, quin etiam velit, eum hanc ob rem in judicio adeſſe *l. ult.* §. 4. *C. de reb. cred.* Niſi ſit perſona egregia, aut valetudine impedita: ad quas domum mitti oportere, Paulus ſcribit *l.* 15. *h. t.* Eſtque veſtigium hujus moris apud Tacitum *lib.* 2. *Annal. c.* 34. Ait igitur Prætor, *Cogam.* Sed quando? indiſtincte: ſive aliquid ſit probatum, ſive nihil: generaliter enim loquitur Prætor. At enim Antoninus Epaphrodito cuidam in *l.* 4. *C. de edendo* ſic reſcribit: *Actore non probante, qui convenitur, etſi nihil ipſe præſtat, obtinebit.* Novi; atque id Reſcriptum multis grave eſſe. Sed, me interprete, ſic moderandum: Præterquam ſi actor detulerit jusjurandum. Cauſam moderaminis hanc habeo, quod non eſt Lex, ſed Reſcriptum quod objicitur: in eoque una eſt quæſtio; an ut actor tenetur reo, ſic reus actori teneatur, ſua inſtrumenta edere? Cæterum de opportunitate jurisjurandi ab actore deferendi neque quæritur, neque agitur. proinde noli, ex Reſcripto ad factum Epaphroditi Libello oblatum, ducere argumentum a contrario aut a conſequentia, de qua non fuit cogitatum: præſertim contra manifeſta Edicti verba, nullam habentia abſurditatem, eoque reſtrictionem non patientia. Ait igitur Prætor, *Cogam* nec oſtendit cogendi modum. mihi vero placet, non jurantem interdum cogi per Prætorem, interdum per Judicem. & quidem per Prætorem, ſi jusjurandum in jure ſit delatum ante litem conteſtatam: tum enim Prætor reum recuſantem perinde coget, ut confitentem *l.* 38. *h. t.* qui pro damnato habitus, ad ſolvendum accipit ſpatium damnatis dari ſolitum: & interea non ſolvens, deinde pignoribus captis & diſtractis ad ſatisfaciendum compellitur *l.* 31. *D. de re judic.* Hoc in reo. quod ad actorem: eum non utentem conditione jurisjurandi Prætor coget denegatione actionis *l.* 34. §. 7. *h. t.* & ſi jusjurandum poſt litem conteſtatam deferatur: proximum eſt, utrumque & actorem & reum cogi per Judicem a Prætore datum: cujus officium eſt, de qua re cognoverit, pronunciare *l.* 74. *D. de judic.* eoque reum aut condemnare aut abſolvere: ſicut alterum continere debet res judicata *l.* 1. *D. de re judic.* Hoc igitur exemplo Judex reum nolentem jurare condemnet: contra abſolvat eum, ſi actor recuſet jurare, *d. l.* 34. §. 7.

Pergit Prætor: *Si is qui petet jusjurandum, paratus ſit jurare, non calumniæ cauſa id ſe poſtulare.* Hoc verſu Prætor modum injicit verſui proxime antecedenti: nam cum illic dixerat pure, ſe coacturum eum cui delatum ſit jusjurandum, jurare aut ſolvere: hic indicat, ſe nolle, id accipi aliter, quam ſub conditione: ſi is qui petat, ſibi jurari, prius juret, ſe non calumniæ, id eſt, non vexandi adverſarii, cauſa jusjurandum petere. Hujus conjecturæ auctor Ulpianus his verbis *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* quæ inde in Edictum tranſtuli: *Qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, ſi hoc exigatur, deinde ſic ei jurabitur.* Verum hoc, & evidens. Illud quale quod ſequitur: *Hoc jusjurandum neque patrono, neque parentibus remittitur?* potuit enim falſum videri vel ipſius teſtimonio Ulpiani *l.* 17. *d. t.* & *l.* 7. §. 3. *D. de obſeq. parentib. & patron. præſt.* Niſi talis ſit ejus ſenſus: Edicti verbis, ut ſunt generalia, ne parentes quidem & patronos excuſari a jurejurando de calumnia; licet aliter obtineat ex Edicti ſententia. Tales diſputandi formas ſæpe obſervavi in Fragmentis Pandectarum: nec eſt cauſa cur ejus me pigeat in præſenti. Apud Haloandrum tamen extat: *Hoc jusjurandum de calumnia æque patrono & parentibus remittitur.* Unde efficiunt quidam, *æque patrono atque parentibus.* Sed hæc eodem redeunt: ſufficitque, liquere parentes & patronos a jurejurando de calumnia excuſari. Paulus tamen hoc negat *l.* 14. *h. t.* quoties propter rem juratur. nam tum ait, nec parenti, nec patrono remitti. Quid hic, *propter rem jurari?* ait Paulus, jusjurandum propter rem exigi, veluti de pecunia credita; cum jurat actor, ſibi dari oportere; vel reus, ſe dare non oportere. Non minus pertinet ad Edicti intellectum: quod in *l.* 37. *D. h. t.* ſic ſcribit Ulpianus: *Si non fuerit remiſſum jusjurandum ab eo qui detulerit, ſed de calumnia non juratur, con-*

ſequens eſt, ut debeat denegari ei actio. ſibi enim imputet qui proceſſit ad delationem jurisjurandi, nec prius de calumnia juravit: ut ſit iſte remittenti ſimilis. Ulpianus indicat pœnam actoris, recuſantis jurare de calumnia, poſtquam reo detulit jusjurandum. ea pœna eſt; ut ei denegetur actio. Ut res ad liquidum deducatur: actor reo detulit jusjurandum. reus eo ſuſcepto poſtulat ab actore prius jurari de calumnia, ex forma Edicti. Actor recuſat, jurare de calumnia. Ulpianus ait, denegandam actori eſſe actionem, quaſi remiſſo jurejurando. Si rem ſpectamus, actor reo non remiſit actionem ſuam. nihilominus ait Ulpianus, actorem debere ſibi imputare quod remittenti ſimilis habetur. intendit videlicet, Prætorem temeritati nil indulgere. contra velle, conſiderate agi: atque ut actor poteſt reo deferre jusjurandum; ſic reum viciſſim ab eo exigere poſſe, ut prius juret de calumnia: idque ſcire actorem oportere. proinde, ſi reo detulit jusjurandum, iſque hoc ſuſcepit, deinde actor nolit de calumnia jurare: non licere ei retrogredi. magis igitur putat Ulpianus, eum non deſtitiſſe a delatione jurisjurandi, ſed ejus præſtationem remiſiſſe, intelligi oportere.

Deinde ſequitur in Edicto: *Niſi malit jusjurandum ei qui agit referre.* Alterum itaque eligat reus, cum ei delatum eſt jusjurandum: aut ſolvat, aut juret. ſi juret, abſolvendus: ſi non juret, ſolvere cogendus erit a Prætore. niſi malit referre jusjurandum: nam hæc facultas ei a Prætore datur. Poſtremo ait Prætor: *Si is qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo.* Et hoc æquiſſime: cum non deberet ei qui jusjurandum detulit, diſplicere conditio, quam in perſona adverſarii æquam eſſe credidit. Igitur nec ſinit Prætor, referenti deferri jusjurandum de calumnia: arbitratus, non eſſe ferendum actorem; ſi conditionis quam ipſe detulit, de calumnia ſibi jurari velit *d. l.* 34. §. 6. & 7.

Igitur ut ſubducamus Edicti ſummam; apparet, Prætorem quidem promittere, ſe eum cui delatum fuerit jusjurandum, coacturum aut jurare aut ſolvere: ſed tres excipere caſus quibus eum coacturus non ſit. unus eſt, ſi is qui jusjurandum detulit, non ſit paratus, jurare de calumnia: alter eſt; ſi malit, jusjurandum referre ei a quo delatum ſit: tertius eſt; ſi is qui petat jusjurandum, ipſe hoc uti nolit. plures caſus Prætor, quantum ad ejus verba, non excepit. tres tamen hi Veteribus præbuerunt cauſam conjiciendi, Prætoris mentem fuiſſe, eum a quo jusjurandum petatur, numquam cogere, jurare; ſi habeat cauſam, cur invitus cogi non debeat: ſolitis Veteribus, arrepta occaſione exempli in Edicto aut Lege expreſſi, procedere ad ſimilia, quamquam Edicto aut Lege non expreſſa: ut ſub Titulo, *De legibus* & alibi, demonſtratum. Secundum hæc igitur placuit Jureconſultis, ſic accipere Edictum, ac ſi dixiſſet Prætor, Eum a quo jusjurandum petetur, ſolvere aut jurare cogam: præterquam ſi alleget cauſam ob quam eum cogi, jurare aut jusjurandum referre, non ſit æquum. Sic cenſeo, atque eodem modo exaudiendum Paulum *l.* 38. *D. h. t.* ac ſi dixiſſet, Manifeſtæ turpitudinis & conceſſionis eſt nolle, nec jurare, nec jusjurandum referri; ſi nulla adferatur cauſa, cur excuſatio fiat a neceſſitate jurandi, aut jusjurandum referendi. at ſi ſit talis cauſa, contra dicendum eſſe, recuſationem præſtandi aut referendi jurisjurandi juſtam atque honeſtam eſſe. Non inutile fuerit, hæc exemplis illuſtrare.' initium ſumam a *l.* 34. §. 2. *d. t.* ibi quæſito, an pupillus, delato ei jurejurando, ſit cogendus jurare aut jusjurandum referre? negat Ulpianus, cogendum. Atqui Prætor non excipit pupillum, quatenus ex ejus verbis liquet. Sed eum excipit Prætoris ſententia: non permittente officio viri boni, eum cogi jurare qui non ſit habilis ad jurandum: multo minus evileſcere jurisjurandi religionem: quamvis ſi juraverit, ei delato jurejurando, velit Prætor ſtari jurijurando: imputaturo ſibi qui ei jusjurandum detulit. ſed quia pejerare non poteſt, qui non poteſt ex animi ſententia jurare *l.* 26. *D. h. t.* creditum fuit, non eſſe cauſam, cur cogi ad jurandum debeat *d. l.* 34. §. 2. Eodem modo non cogitur jurare is qui oſtendit, ſe juraturum ſine effectu: delato ei jurejurando ab eo cui non ſit jus deferendi: qualis eſt prodigus aut ſimilis in *l.* 35. *d. t.* cui enim bono jurari fruſtra, eoque temerari religionem rei ſanctiſſimæ, & uſibus humanis ad minuendas lites neceſſariæ? at nec juratur ſic ex mente Prætoris: ſervantis jusjurandum, conditione delata, præſtitum: quod in propoſito non eſt. Aliud exemplum *d. l.* 34. §. *ult.* in qua ait Paulus, Qui non compelluntur Romæ judicium accipere, eos nec jurare compellendos eſſe: eoque in numero eſſe Legatos Provinciales. Nimirum, quia præſtito jurejurando, non habebunt privilegium quod habituri eſſent, ſi non juraſſent: utique ſic recognoſcentes Forum Romanum, amittent jus revocandi domum, perinde ut fieret, ſi litem conteſtati eſſent *l.* 28. §. 2. *D. de judiciis.* Si igitur conſequens eſt eorum privilegio; ne cogantur litem conteſtari: qua fronte cogentur jurare aut jusjurandum referre: pari utriuſque exitu? Eſt & alia cauſa recuſandi jurisjurandi: ſi de formula jurisjurandi inter partes fuerit dubitatum: ſicut enim nemo eſt cogendus facere quod vel natura vel bonis moribus facere prohibetur: ita nemo debet cogi jurare, cum non poteſt ſalva religione. ac jam probo, quod Ulpianus in *d. l.* 34. §. 4. *Si*, infit, *de qualitate juramenti* (de hoc verbo Cellarius *lib. De Latin. med. & infim. ætat. c.* 1. *p.* 62) *fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus*

arbitri judicantis erit. Eodemque plane modo in §. 8. *d. l.* 34. ait: *Non ſemper autem conſonans eſt, per omnia referri jusjurandum, quale defertur: forſitan ex diverſitate rerum vel perſonarum quibuſdam emergentibus quæ varietatem inducunt. Ideoque ſi quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujuſmodi jurisjurandi terminetur.* Hunc verſum vel ideo appoſui; ut totum Ulpiano vindicarem adverſus ſuſpicionem Antonii Fabri, V. CL. *lib.* 16. *Conject. c.* 12. *ad fin.* exiſtimantis, Triboniani eſſe: argumento poſtremi verbi, *Terminetur.* de quo ſic ſcribit: *Quis enim ea verba non videt Tribonianum ſapere magis, quam Ulpianum? præſertim quod ait,* terminetur. *Imperantis enim illud verbum eſt, non hominis de jure aut ſcribentis aut reſpondentis. Ulpiani autem non fuit, ſed Triboniani, agere Imperatorem.* Sic ille: ſed temere. nam hujusmodi loquendi formæ Ulpiano non ſunt inſolitæ. Id obſervavi infra ſub Titulo, *De ſuſpectis tutoribus.* Res infinita eſſet; ſi adferrem omnia. patere tamen, addi pauca, non indigna annotari. Unum eſt, ſi extra judicium convenit inter litigatores, litem unius jurejurando terminari non eſt enim dubium, quin ſervanda ſit fides pacti; eoque relationi locus eſſe deſinat. hoc Paulus annotat *l.* 17. *D. h. t.* Æque elegans eſt exceptio, ſi cui delatum ſit jusjurandum de facto ejus proprio. ſit exemplum: tu mihi ſuſpectus es furti vel rerum amotarum. ago tecum furti vel rerum amotarum. deeſt mihi probatio ejus quod intendo. defero tibi jusjurandum, te non feciſſe furtum, verbi gratia. tu refers mihi jusjurandum, an ipſe fur ſis. non teneor præſtare jusjurandum: quia non ſinit ratio, mihi referri jusjurandum; cum tu poſſis ex animi tui ſententia jurare de facto tuo tibi cognito: ego nequeo, ex animi mei ſententia jurare de facto tuo mihi incognito *l.* 12. *D. de act. rer. amot.* Pulchre Ulpianus *l.* 11. §. 2. *eod.* Jurare tam vir, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogetur: cum iniquum ſit, de alieno facto alium jurare. is ergo cogitur jurare qui amoviſſe dicetur; & idcirco nec heres ejus qui quæve amoviſſe dicetur, jurare cogetur. quid, ſi quis velit referre jusjurandum ſibi delatum? non videri Prætorem permiſiſſe, Ulpianus ait § 3. *d. l.* 11. addit in *l.* 13. Et ideo Labeo ſcribit, mulieri non eſſe permittendum, referre jusjurandum: & ita Edictum ordinatum videri.

Similis obſervatio fuit; ſi is cui jusjurandum deferatur, dicat ſe ignorare aut dubitare. Vidit eam Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. Orat. c.* 6. verba ejus: *Is qui defert* (jusjurandum) *agere modeſte videtur, cum litis adverſarium judicem faciat: & eum cujus cognitio eſt, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando ſtari, quam ſuo malit. Quo difficilior recuſatio eſt, niſi forte res eſt ea, quam credibile ſit, notam ipſi non eſſe.* Sic Quintilianus, puto, a Jureconſultis. quos inter Ulpianus *l.* 34. *pr. D. h. t.* in hunc infit modum: *Jusjurandum & ad pecunias & ad omnes res locum habet. etiam de operis jusjurandum deferri poteſt: nec de injuria queri adverſarius poteſt, cum poſſit jusjurandum referre. quid tamen, ſi ideo dicat reus ſe liberatum, quoniam Stichum quem promiſerat, putat deceſſiſſe? Non erit tutus per relationem. & ideo putat Marcellus, & recte, aut remittendum ei jusjurandum, aut ſpatium dandum, ut certioretur.* Quia obſcurus locus eſt, explicabo integrum. Primum ait Ulpianus, jusjurandum deferri poſſe in omni cauſa civili & pecuniaria, idque ſuis oſtendit exemplis. deinde ait, errare eum cui in his deferatur jusjurandum; ſi queratur, ea delatione ſibi fieri injuriam: quaſi præſtet, adverſarium urgeri ad probationem, quam ſe invita ſuperſtitione onerari jurejurando. Quam ob rem? ait Ulpianus; ſi metuat jurare, non cogi jurare, quin poſſe jusjurandum referre. recte: ſi quidem ipſe poſſit jurare ex animi ſui ſententia, re ei nota & certa: tum enim quam dicat cauſam; ne aut juret, aut referat jusjurandum? nullam. ſed quid, ſi neget, rem ſibi notam eſſe aut dicat, de ea ſe dubitare? jam ut ceſſat electio, ſic ait Ulpianus, non fore tutum per relationem: & ideo ex hac cauſa, ſecundum Marcellum, aut remittendum ei jusjurandum, aut ſpatium dandum, ut certioretur, & ſic juret.

Expoſito jurejurando, cum voluntario, tum neceſſario, parti ſolito a parte tam aliqua, quam nulla probatione deferri aut referri: age, nunc de judiciali jurejurando diſputemus. Eſt vero obſervatio ejus longe alia. non enim a parte defertur parti: ſed a Judice alterutri litigantium, vel actori vel reo defertur: nec aliter, quam in cauſis dubiis. Sic definit Ulpianus *l.* 31. *D. h. t.* ſed quæ ſit dubia cauſa, non definit. viſa autem Interpretibus Eruditis jam a multis ſeculis cauſa talis: ubi actor ſuam intentionem uno probavit teſte: hoc prætextu, quaſi uno teſte fiat ſemiplena probatio, cum plena conſtet duobus. ſemiplena porro, ut ajunt, eſt aliqua, licet non ſit vera ac perfecta. ita non ſufficit ad condemnationem aut abſolutionem, cum cauſam non faciat claram & certam. at facit dubiam; valetque hactenus, ut Judex, exacto jurejurando in ſupplementum deficientis probationis (unde ſuppletorium dicitur) poſſit ſecundum eum qui juraverit judicare. Sic fere Interpretes. Sed mihi nunquam placuit. imo ſemper exiſtimavi, tantum abeſſe; ut dubia ſit cauſa, uno ſubnixa teſte: ut e contrario clara haberi, eoque non actoris jurejurando, ſed rei abſolutione, finiri debeat. Atqui unus teſtis, etſi non præſtet plenam probationem, utique facit ſemiplenam. Audio: ſed eſt ſomnium, & merus error. non ita Ulpianus, nec quiſquam Veterum. quin apud Senecam *lib.* 6. *de benefic. c.* 8.

Ad-

Adverſarius meus dum contraria dicit, & judicem ſuperbia offendit, & in unum teſtem temere dimittit, cauſam meam erexit. Jam Valerius Maximus *lib.* 4. *c.* 1. §. 11. *Unius teſtimonio aliquem credere, peſſimi*, inquit, *eſſet exempli.* Quid Conſtantinus *l.* 9. §. 1. *C. de teſtibus*? vetat, unius teſtis reſponſionem omnino audiri, etiamſi præclaræ Curiæ honore præfulgeat. Non igitur eſt ſemiplena probatio uno conſtans teſte; ſed nulla. conſequenter ea non ſit dubia cauſa: in qua (ut Ulpianus refert *d. l.* 31.) ſolent ſæpe Judices, exacto jurejurando, ſecundum eum judicare qui juraverit. Mihi hoc plus videtur, eſſe peſſimi & periculoſi exempli, aliquem ſaltem unum habere teſtem, & in ſupplementum deficientis probationis a Judice delato jurejurando in propria cauſa & teſtem & quodammodo Judicem conſtitui. Atque hanc abſurditatem ipſi qui tuentur, ſentiunt; ideoque vetant, ne tale jusjurandum a Judice alii deferatur, quam viro bono & de perjurio non ſuſpecto. Tamquam res in judicio ſit litigantium moribus, non fide rei geſtæ æſtimanda. Sed lex, cum de pecunia litigatur, merito omnes habet ſuſpectos: peſſimis quibusque, quo melius decipiant ſimpliciores, plerumque ſe pro viris bonis & ſanctis gerentibus. Solet & altera Judici commendari providentia; ut ſedulo caveat, ne hoc jusjurandum deferat in cauſis gravibus & arduis, ſed levibus. Ego vero nec hoc repperi uſquam apud Veteres: nulla ratione, cur magis in levioribus, quam gravioribus, unius teſtimonio cauſa dubia fieri poſſit. mitto, quod difficile dictu eſt, quæ ſit levis, quæ gravis, cauſa in tanta præſertim hominum cauſarumque diſparitate. Quid ergo eſt? mihi in propoſito dubia videtur cauſa: cum talis ac tanta utrimque adfertur probatio; qua quodammodo par fiat actoris & rei cauſa; & paulo momento modo huc, modo illuc, inclinet Judicis animus: neſcius, quid ex omnibus præcipue ſequi eum oporteat. Hoc modo *dubium*, atque *ambiguum*, apud Latinos accipi, oſtendi *lib.* 3. *Probabil. c.* 6. eodemque modo apud Terentium, Ciceronem, Horatium, cœna dubia vocatur, non ea in qua parum, ſed in qua multum, cibi undequaque ita præparati; ut animus convivæ ſit incertus, quid præſertim eligere debeat. Demus hæc. Atturbant Impp. Diocletianus & Maximianus in *l.* 3. *C. de reb. credit.* ita reſcribentes: *In bonæ fidei contractibus, nec non* [*etiam*] *in ceteris cauſis, inopia probationum, per judicem jurejurando cauſa cognita res decidi oportet.* Difficilem atque impeditum locum efficiunt verba, *inopia probationum:* quibus quid indigitetur, nondum indicarunt præſtantia ingenia. Ego, pro mea mediocritate, eam locutionem ex profeſſo, &, ut mihi blandior, feliciter *d. c.* 6. explicui, facta ejus comparatione cum ſimili in *l.* 1. *C. de quæſtionibus*, & ſingulari Apuleji loco. igitur non adferam plura: contentus, indicaſſe, unde lumen peti poſſit.

Notabilis fuit ſuperior utriuſque jurisjurandi differentia. ſed non minus digna eſt notari ſequens: quod poſt jusjurandum a Judice exactum, non poteſt videri tranſactum, non concurrente litigantium conſenſu. magis fuit jurandi neceſſitas, cogente Judice, cauſa alioquin inextricabili: eoque permittitur deinde, litem inſtaurari quaſi integram; ſi quis dicat, ſe inveniſſe nova inſtrumenta quibus nunc ſolis uſurus ſit. at ſi alias inter ipſos litigantes mutuo conſenſu finitum jurejurando ſit negotium, non conceditur, idem retractari; quaſi transactum ſit. Utrumque obſervat Gajus *l.* 31. *D. h. t.* poſterius Imp. Antoninus *l.* 1. *C. de reb. credit.* Verba non lubet adſcribere: quia ſunt complura. ſolum monebo, hunc *d. l.* 1. verſum, *Niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur*, Antonino eſſe a Triboniano adſcriptum ex *l. ult. C. eod. tit.* ipſa difficili atque obſcura, ideoque hic non negligenda. Thema tale eſt. Legatarius ab herede ex teſtamento petit legatum. id teſtamentum nuſquam apparet. legatarius delata ab herede conditione jurat, ſibi quod petit, teſtamento eſſe legatum. heres ſolvit legatum. poſtea reperto teſtamento, liquet falſo juratum eſſe. quæritur, an indebitum ſolutum repeti poſſit, reſciſſo jurejurando? Negabant Veteres: cauſati, quod non oportet quæri de perjurio, præſtito ex conſenſu jurejurando. Sed contra placuit Juſtiniano, *Nullum ex hujuſmodi perjurio lucrum ei accedere.* Et poſtea: *Ne cui ex delicto impium ſibi lucrum afferre noſtris legibus concedatur.* Hæc ratio plena probitatis: ſed patet latius, quam Imperator velit. hanc certe retinentibus: da, ſi potes, cauſam jurejurando ex conſenſu deciſam, & non retractabilem. at hoc non egiſſe Juſtinianum, evidens eſt ex *d. l.* 1. *C. eod. tit.* quam a ſe interpolatam ex *d. l. ult.* de cætero approbavit. ſufficit inſpectio. temperemus igitur nimiam & luxuriantem novæ deciſionis latitudinem, tamquam novum jus ex voluntate Imperatoris fortiter adſtruentis. itane? mihi videtur, jurisjurandi delationem & præſtationem debere ex conſenſu actoris & rei præferre ſpeciem tranſactionis. at illa libertas delationis in propoſito caſu non eſt: magis ſit ex neceſſitate; non apparente teſtamento. quapropter viſum eſt Juſtiniano, illo poſtea reperto, jure ſingulari integrari veritatem, quaſi non interveniſſet jusjurandum: exemplo jurisjurandi a Judice delati: in quo, propter inopiam probationum, conſimilem neceſſitatem, ſequentemque reſciſſionem, ob reperta inſtrumenta, paulo ante obſervavi ex *d. l.* 31. *h. t.* Sic mihi videtur: & jus ſingulare eſſe in *d. l. ult.* etiam annotavit olim Theodorus Balſamon ad Photii *Nomocanon. tit.* 13. *c.* 18. & Michael Attaliates, *Pragmatic. tit.* 18. Ipſe nil habeo addere:

niſi

niſi quem offendit tam fortis ac lata in Legiſlatore locutio a me monſtrata. Sed deſinet eam mirari: intellectis ex *lib.* I. *De fœnore & uſuris c.* XI. exemplis: quibus apparet, Veteribus non eſſe inſolitum, in doctrinis uti Hyperbole, non hyperbolice accipienda. Mitto doctrinas quæ ſunt ſapientum: cum ne Principum quidem Reſcripta fortioribus, quam veritas velit, parcant locutionibus. Cedo exemplum. eſt unum in *l.* 12. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*: notavi id in *Julio Paulo c.* 7. aliud eſt apud Conſtantinum in *l.* 1. *Cod. Theod. de inoffic. teſtam.* & evincit quod ago, collatio *l.* 3. ejuſdem Tituli, quæ ſimiliter eſt Conſtantini, ſed jam attemperantis ſermonem *d. l.* 1. nimis vehementem: & illa, ſic puto, præbuit Triboniano cauſam interpolandi *l.* 27. *C. d. t.* ex ea deſcriptam.

TITULUS III.

De in litem jurando.

De origine jurisjurandi in litem quærere nihil attinet: non magis, quam de origine jurisjurandi judicialis: nulla hujus aut illius memoria apud Veteres. ita utraque ignoratur. Utilius monuero, jusjurandum in litem eſſe ſpeciem jurisjurandi judicialis; cum neutrum ab alio, quam a Judice, deferatur: ideoque expoſitioni judicialis jurisjurandi, cui occaſionem dedit ſuperior Titulus, præſentem De in litem jurando opportune ſubjici.

Eſt autem in litem jurare, rem in judicium deductam jurejurando æſtimare *l.* 1. *&* 2. *h. t.* Inde jusjurandum in litem eſt, jurata rei qua de agitur, æſtimatio. Noli, ægre ferre, quod dixi, *rei*: quia lis in propoſito eſt, res in judicium deducta. Veteres quidem dubitaſſe, utrum rem, an litem, dici oporteret, docet Cicero, *Orat. Pro Murena*, ſed his verbis Juriſconſulti ſub hoc Titulo, & alibi, utuntur promiſcue. adeo quæ uno loco lis, alio res dicitur. Ejus vero rei ſive litis æſtimatio ab actore religioſe facta ex delatione Judicis, jusjurandum in litem appellatur. Porro fit illa æſtimatio actoris jurejurando aliquando immodice ex ejus affectione ultra verum & juſtum pretium: aliquando fit juſto & vero pretio, nullo reſpectu affectionis. Utrovis modo lis æſtimetur, quaſi venditio fieri putatur *l.* 9. *D. de act. rer. amot. l.* 3. *D. Pro empt.* Saltem intereſt, quod lis altero modo vero pretio æſtimatur ſine reſpectu affectionis; altero ex affectione etiam ultra pretium verum. Ac ne cui durum aut iniquum videatur, aliquem ſuæ rei Judicem conſtitui, ſuaſit hoc quodammodo neceſſitas: jus faciens ſemper, ubi non licet facere aliter. Ejus ſane inventum eſſe jusjurandum in litem, dubitari vix poteſt partim propter *l. ult. D. h. t.* partim propter *l.* 2. §. 1. *& l.* 5. §. *ult. eod.* Initium demonſtrationis ſumam a jurejurando affectionis. ejus cauſa duplex fuit: una, quod oportet coërceri contumaciam non parentis præcepto Judicis, rem reſtitui aut exhiberi jubentis: altera, quod venditionem liberam eſſe, æquum eſt. vendendi porro libertas in hoc conſiſtit maxime; ne quis invitus cogatur vendere, ſi nolit vendere; & ſi velit vendere, poſſit rei ſuæ pretium ſuo arbitrio indicare. Igitur ſi actori contumacia rei fiat neceſſitas vendendi rem petitam: ſummæ fuerit æquitatis, ei adempta una libertatis parte, ſervari alteram, id eſt, jus rei ſuæ pretium quod voluerit, definiendi. Tenes cauſam inventi hujus jurisjurandi. & licet eam colligere ex *l.* 8. *D. h. t. l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *D. de act. rer. amot. l.* 25. §. 1. *D. Solut. matrim.*

Nec difficile fuerit, inde conjicere, in quibus rebus, quibuſque actionibus, præſertim locum habeat in litem jusjurandum. quod enim ad res attinet: ſolæ hoc admittunt eæ quarum incerta æſtimatio eſt, atque interim affectio qualis qualis: finitura æſtimationem alias non liquentem. quod ſi quæ res ſint quarum certa & perpetua eſt æſtimatio, & contra nulla affectio: ad has non pertingit jusjurandum in litem; licet alioquin circa eas dolus & contumacia deprehendatur. Exemplum in nummis depoſitis: de quibus ita Ulpianus *l.* 3. *D. h. t. Nummis depoſitis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quiſque quod ſua interſuit: cum certa ſit nummorum æſtimatio. niſi forte de eo quis juret, quod ſua interfuit, nummos ſibi ſua die redditos eſſe: quid enim, ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt.* Nummi a Sempronio ſunt depoſiti apud Titium. is inficiatur apud ſe depoſitos. quæritur, an oporteat Judicem, propter dolum Titii eos non reſtituentis, Sempronio deferre jusjurandum in litem: ut juret, quod ſua interfuit? negat Ulpianus. qua ratione? ait, quod certa eſt nummorum æſtimatio. recte, & probatur a Paulo *l.* 1. *D. de contrah. empt.* eſt igitur hæc una Ulpiani ratio. quamquam poſſit quoque eſſe altera: quod in nummos nulla cadit affectio. ſed hanc non attulit Ulpianus: non quod improbaret; ſed quod ultro liquentem addi nihil attineret. Solet ſane jusjurandum in litem a Judice deferri, vel ut conſtet de vera rei æſtimatione, cum aliter probari non poteſt *l.* 5. §. *ult. h. t.* vel ut pretium rei actoris arbitrio ex ejus affectione finiatur. neutrum in nummis uſum invenit: nam & certa eorum æſtimatio eſt: & nulla cadit in perituros affectio. ait tamen Ulpianus

nus *d. l.* 3. aliquando vel in nummis jurari: idque contingere; ſi inter contrahentes convenit, nummos depoſitos reddi certa die: tum enim, ſi non ſint ea die redditi, poſſe deponentem agere ad id quod ejus intereſt, ſua die redditos fuiſſe; (cum alioquin omnis pretii utilitas modo uſurarum circumſcribatur, nec ulterius evagari poſſit: ut obſervavi *lib.* 2. *De fœnor. & uſur. c.* 6.) & ponit Ulpianus exemplum ejus quod deponentis interſit, ei redditos ſua die fuiſſe nummos: ſi propterea pœna ſub qua debitum fuit, commiſſa ſit; vel pignus ſub quo debebatur, ſit diſtractum. In cæteris igitur rebus, præter nummos, obtinet jusjurandum in litem; ſi agatur ad reſtitutionem exhibitionemve: ſive res ſit incorporalis, ut ſervitus *l.* 7. *D. Si ſervit.* ſive corporalis, modo ſit mobilis: nam res immobilis neque latere poteſt, neque jusjurandum in litem admittit *l.* 48. §. 1. *D. Locati.*

Quemadmodum non refert in hoc jurejurando, qualis res petatur: ſic nil intereſt, qua actione agatur, in rem, an in perſonam, modo ſit ad reſtituendum exhibendumve comparata *l.* 1. & 2. *D. h. t.* Marcianus *l.* 5. *d. t.* regulam (ſic dico: quia is locus eſt ex lib. 4. Regularum) hoc concipit modo: *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis, in litem juratur.* Primas partes dat actionibus in rem; ſicut Paulus *d. l.* 2. & Ulpianus in *l.* 68. *D. de rei vindic.* putemus adeo, non modo rei vindicationem qua quod noſtrum eſt, petimus nobis officio Judicis reſtitui, jusjurandum in litem admittere; ſed etiam alias in rem actiones; ut Publicianam: in qua Ulpianus ait omnia eadem eſſe quæ in rei vindicatione *l.* 7. §. 8. *D. de Public. in rem act.* & ſimiles: quibus non quidem dominium noſtrum vindicamus, ſed utique jus aliquod quod in re habemus. ac ſæpe miratus ſum, A. Fabrum, V. CL. *lib.* 16. *Conject. c.* 15. & *ſeqq.* aliter ſentire de actione hypothecaria: cum in ea idem teſtetur Ulpianus *l.* 16. §. 3. & *l.* 21. §. 3. *D. de pignor. & hypoth.* & præterea certum ſit, eam æque, ac cæteras in rem actiones, ad reſtitutionem Judicis arbitrio pertinere §. 31. *Inſt. de act.*

Deinde ait Marcianus *d. l.* 5. *h. t.* etiam in actione ad exhibendum in litem jurari. idque probat quoque Paulus *d. l.* 2. *h. t.* Eſt vero hæc actio non in rem, ſed in perſonam, & arbitraria, amplius præparatoria cum aliarum actionum, tum rei vindicationis: ut ſub Titulo, *Ad exhibendum*, eſt demonſtratum. Inde viſum Veteribus, vel in illa vindicationem præparatura in litem jurari; etſi alioquin aliud ſit, exhibere; aliud, reſtituere *l.* 22. *D. de verb. ſig.* Sed ubi res, niſi exhibita, vindicari nequit; non debuit poſſeſſoris contumacia deinde vindicaturo viam ad vindicandum obſtruere. Illud fuerit diligentiſſimæ obſervationis, Marcianum, cum ex arbitrariis actionibus in perſonam unius meminit actionis ad exhibendum, non propterea ad illam ſubſiſtere. magis credendus, eam ponere pro exemplo: quo etiam cæteræ ejus generis actiones deſignentur. id ut auſim dicere, urget me Ulpianus *l.* 68. *D. de rei vindic.* ſequentibus verbis: *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam ſunt ex quibus arbitratu Judicis quid reſtituitur, locum habet.* Obtinet igitur jusjurandum in litem in omnibus arbitrariis actionibus in perſonam, ſive his agatur ad exhibendum, ſive ad reſtituendum, arbitratu Judicis. Ne deſunt quidem exempla in actione Faviana *l.* 5. §. 1. *D. Si quid in fraud. patron.* in actione doli mali *l.* 18. *D. dolo malo.* item in actione rerum amotarum *l.* 8. §. 1. & *ſeqq. D. de act. rer. amotar.* De interdictis quæri poſſit. ſunt enim vel eorum quædam arbitraria. de his tamen nihil Marcianus *d. l.* 5. &, ſi proprietatem verborum retinemus: aliæ ſunt actiones, alia interdicta. interim eſt eadem in utriſque ratio coërcendæ contumaciæ non parentis præcepto Judicis, exhiberi aut reſtitui jubentis. jam vero latiſſima actionis appellatione etiam interdicta comprehendi, apparet ex *l.* 37. *D. de oblig. & act.* Dicamus igitur, vel in interdictis, ex quibus quid arbitratu Judicis reſtituitur, locum habere jusjurandum in litem. Sed hoc manifeſte confitetur Ulpianus *d. l.* 68. & eſt exemplum in interdicto Quod vi aut clam in *l.* 15. §. 7. & 9. *D. Quod vi aut clam.*

Poſtremo ait Marcianus in *d. l.* 5. *Et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.* Quid hoc? Mihi placet, Marcianum bonæ quidem fidei judicia comparare cum judiciis ſtricti juris: ſed tantum velle, in bonæ fidei judiciis jurari in litem: in ſtricti juris judiciis non jurari. Id confirmat ſequens exceptio in §. 4 *Plane interdum & in actione ſtricti judicii in litem jurandum eſt.* Quid enim deſignat ea exceptio? niſi Marcianum ante poſuiſſe Regulam: quod in bonæ fidei judiciis poteſt in litem jurari, in actionibus ſtricti juris non poteſt. atque huc ſi ſubſiſtatur; eſt clara & certa Marciani regula. quod ſi ulterius quæratur; utrum in omnibus bonæ fidei judiciis in litem juretur; an tantum in certis: neſcio an reſponderi debeat, tantum in certis jurari. Nec reſiſtunt Marciani verba, *Et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.* Sunt enim indefinita, eoque non univerſalia, ſed particularia. commode Apulejus *lib.* 3. *De philoſophia rationali*, jam alibi a me allegatus ſæpius: *Sunt & aliæ differentiæ quantitatis & qualitatis. quantitatis quidem, quod aliæ univerſales ſunt; ut omne ſpirans vivit: aliæ particulares, ut quædam animalia non ſpirant: aliæ indefinitæ; ut animal ſpirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. ſed tamen pro particulari ſemper valet, quia tutius eſt id ex incerto accipere quod minus eſt.* Sit igitur Marciani ſenſus particularis, in ali-

qui-

quibus bonæ fidei judiciis in litem jurari. At quibus? quæ procedunt ad reſtitutionem rei ab actore profectæ, exemplo actionum in rem. Fateor: hoc non liquet ex Marciani verbis: ſed nihilominus Marciani ſententia continetur. primum, quia huc ducit ratio inventi jurisjurandi in litem. deinde, quæ apud Veteres ſunt exempla actionum bonæ fidei in quibus in litem juratur, ad reſtitutionem tendunt. Licet, cui lubet, hoc obſervare in actione rei uxoriæ *l.* 25. §. 1. *D. Solut. matrim.* tutelæ *l.* 8. *D. h. t.* depoſiti *l.* 3. *h. t.* & *l.* 1. §. 26. *D. Depoſiti.* locati *l.* 48. §. 1. *D. Locati.* commodati *l.* 3. §. 2. *D. Commodati.* omnes hæ ad reſtitutionem comparantur: nulla ad traditionem. Putemus igitur Marcianum, in bonæ fidei judiciis in litem jurari affirmantem, non velle, nullam eſſe bonæ fidei actionem in qua non juretur in litem: id enim non eſt verum; & fallit in judiciis contrariis *l.* 5. *D. Depoſiti.* etiam in directis, quoties culpa, non dolus, accuſatur *d. l.* 5. §. 2. *D. h. t.* Malimus ergo, Ulpianum velle, naturam actionum bonæ fidei, ſi quo caſu in litem jurari æquum ſit, non eſſe impedimento, quo minus Judici competat ejus jurisjurandi delatio: idque obſervari in his quæ ad reſtitutionem comparantur. Aliquis putet, huic interpretationi reclamare ſequentia Ulpiani verba ex *d. l.* 3. §. 2. *D. Commodati.* *In hac actione* [commodati] *ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis ſimiliter in litem juratur.* Sed mihi probabile ſit, Ulpiani ſenſum eſſe, In actione commodati ſimiliter in litem jurari, id eſt, ita in litem jurari, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ad reſtitutionem æque ſpectantibus, jurari ſolet. Nimirum æquitatis eſt, rem a me profectam, mihi reſtitui ex fide bona. id ſi contumacia tua mihi non contingat in bonæ fidei judicio: nullam dicas cauſam; cur non conveniat officio Judicis, ex fide bona cognoſcentis, condemnationem creſcere per jusjurandum in litem; ne vel hic umquam ſit in poteſtate cujusque, rem ab invito domino juſto pretio per rapinam comparare. Sed quemadmodum id veriſſimum eſt in his quæ reſtitutionem petunt: ſic nuſquam proditum eſt in cæteris quæ eum finem non habent, magiſque ſpectant ad traditionem rei ab actore non profectæ. Exemplum in actione ex empto nobis ſuppeditant ſequentia Diocletiani & Maxiani verba: *Si traditio rei venditæ, juxta emptionis contractum, procacia venditoris non fiat: quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus Præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* *l.* 4. *C. de act. empti.* Sermo Imperatorum eſt de actione empti, quæ eſt quidem bonæ fidei, at non petit reſtitutionem rei ab emptore profectæ; ſed traditionem rei, quæ adhuc ſit venditoris, numquam fuit emptoris. in ea igitur actione nolunt Imperatores, emptori, quantumvis querenti de procacia venditoris rem venditam non tradentis, jusjurandum in litem deferri: quia emptor non cogitur rem invitus vendere, ut ei relinquenda ſit libertas eam ex affectione æſtimandi, quanti ipſi videatur. at nec venditor poteſt rem quæ ejus eſt, emere: & ſi emat, nullius momenti eſt emptio *l.* 16. & *l.* 34. §. 4. *D. de contrab. empt.* Supereſt igitur; ut emptor agens ad rei venditæ traditionem, ne ob procaciam quidem venditoris rem venditam non tradentis, ad jusjurandum in litem admittatur: vereque, & juri convenienter reſcribant Imperatores, ſi venditor procacia ſua non tradat rem venditam, æſtimationem ejus quod emptoris intereſt eam tradi, eſſe faciendam officio Judicis: ſemper verum pretium quærentis, inſuper habito ſingulorum affectu aut utilitate *l.* 33. *D. Ad Legem Aquiliam.* *l.* 63. *D. Ad Legem Falcidiam.* Adeo refert: utrum Lex velit, æſtimationem ejus quod intereſt a Judice fieri; an ab actore, ei delato in litem jurejurando *l.* 64. *D. de judic.*

Obtinet igitur jusjurandum in litem in judiciis arbitrariis: nec minus in judiciis bonæ fidei; quibus agatur ad reſtituendum, exhibendumve. imo ne ſic quidem ſemper juratur in litem: ſed (ut Marcianus lib. 4. Regularum ait in *d. l.* 5. §. 3. *h. t.*) ob dolum ſolum, non etiam ob culpam. addit Marcianus, *Hæc enim* (res poſcit, *hanc enim*) *Judex æſtimat.* puta, ex rei veritate: ut modo dictum. Eodemque ſenſu etiam Ulpianus *l.* 4. §. *ult. d. t.* *Ex culpa*, inquit, *non eſſe jusjurandum deferendum conſtat: ſed æſtimationem a Judice faciendam.* Videlicet non pluris, quam quanti res eſt: cum jurejurando actoris in litem etiam ultra æſtimetur. alterum docet Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* utrumque evincit Paulus *l.* 2. §. 1. *D. d. t.* verbis quæ ſubjeci: *Interdum quod interſit agentis, ſolum æſtimatur, veluti cum culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur, quanti in litem juraverit actor.* Ex his verbis intelligitur, quid interdum, nec minus, quid paſſim fiat. Sunt hæc evidentia: nec opus pluribus; niſi addam, quod de culpa dixi, de levi eſſe exaudiendum: certo, latam ſub dolo comprehendi *l.* 226. *D. de verb. ſignif.* ac proinde, cum apud Marcianum *d. l.* 5. §. 3. *D. h. t.* ſic extat, *Sed in his omnibus ob dolum ſolum in litem juratur, non etiam ob culpam:* veriſimile eſt, verba, *ob dolum ſolum*, non opponi culpæ latæ, ſed culpæ levi. At hoc, palam teſtatur Antoninus *l.* 2. *C. h. t.* verba Antonini: *Is qui rationem tutelæ ſeu curæ repoſcit, invitus in litem jurare compelli non poteſt: ſed volens ita demum audiendus eſt, ſi heres per longam ſucceſſionem tutoris inſtrumenta pupillaria dolo vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omiſſa jurisjurandi facultate Judex de veritate*

cognoſcet: quæ etiam argumentis liquidis inveſtigari poteſt.

Ut abſolvam regulam *d. l. 5. h. t.* in memoriam revocemus, quæſo, dictum in anteceſſum, Marcianum, cum ſic ait, *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis, in litem juratur*; ex adverſo ſignificare, in judiciis ſtricti juris non obſervari ita: nam in his non jurari in litem, ut maxime dolus & contumacia accuſetur. Hoc ſecundum regulam Marcianus. at non ſine exceptione: nam vel in his ſinit, interdum in litem jurari *d. l. 5. §. 4. Plane*, inquiens, *interdum & in actione ſtricti judicii in litem juratur.* Ac ne exemplum deeſſet exceptioni: addit, *Veluti ſi promiſſor Stichi moram admiſerit, & Stichus deceſſerit.* Aliud ſit ex Paulo *l. 6.* ſi Stichus debeatur ex teſtamento. Bene autem *d. l. 5.* monet Ulpianus, hoc procedere, ſi Stichus deceſſerit, admiſſa mora: nam hæc perpetuat obligationem, ac quia ſolvi non poteſt Stichus qui eſt mortuus, æquum viſum eſt, deinde æſtimationem ejus loco deberi. *Alias*, (ſic ex Paulo ſubjicitur *d. l. 6.*) *ſi ex ſtipulatu vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem jurari.* Cum ait, *Alias:* ſignificat, ſi Stichus ante moram deceſſerit, obligationem extingui interitu naturali ſpeciei debitæ *l. 23. D. de verb. oblig. l. 107. D. de ſolut.* Solere vero poſt moram mortuo, in litem jurari, Marcianus ait: quia Judex æſtimare ſine jurisjurandi relatione (an delatione: ſæpe enim confunduntur verba, *referre* & *deferre* jusjurandum: & ſunt exempla in *l. 24. D. de jurejurando. l. 12. D. Rer. amot. l. 5. §. 4. D. h. t.*) non poteſt rem quæ non extat. Igitur vel hoc caſu ſit neceſſitate; ut res quæ poſt moram periit, actoris jurejurando æſtimetur: non ex affectione; ſed ex veritate, nullo affectionis reſpectu.

Sequens locus eſt, quem oporteat jusjurandum in litem deferre? & ait Ulpianus, Judicem deferre oportere. quid, ſi alius detulerit jusjurandum, vel non delato juratum ſit? nullam fore religionem, nec jusjurandum, idem Ulpianus ait *l. 4. §. 1. h. t.* & eſt ratio: quod hoc jurejurando agitur, ut puniatur contumacia ejus qui juſſus reſtituere præcepto non paret: hujus vero contumaciæ, pœnæque, cujus, niſi Judicis, æſtimationem eſſe, in formula voluit Prætor? defert igitur hoc jusjurandum Judex.

At cui? domino litis. Ulpianum audi *l. 7. D. h. t. Vulgo præſumitur, alium in litem non debere jurare, quam dominum litis.* Hoc vero verbo, ut ex ſequentibus intelligitur, Ulpianus actorem deſignat. nec diſtinguit; utrum agat actione in rem, an in perſonam. tantum deſiderat, eum eſſe litis dominum. nec tamen ei ſufficit, dominum eſſe qualiter qualiter: ſed verum eſſe, poſtulat. ita domini appellatione non comprehendit procuratorem, etſi lite conteſtata dominum factum. non enim eſt verus dominus: & ex Papiniano in *d. l. 7.* commode ſubjicitur, *Alium non poſſe jurare, quam eum qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt:* id eſt, qui re vera litis dominus eſt; non qui juris ſubtilitate pro domino habetur. Nimirum, quia hoc jurejurando res non æſtimatur, quanti re vera eſt, ſed ultra ex affectione læſi dolo & contumacia poſſeſſoris; non poteſt alterius, quam ejus cujus actio eſt, jusjurandum intervenire: eo quod is ſolus, qualis & quanta ejus affectio ſit, intelligit.

Inde quæſitum fuit *l. 4. D. h. t.* quid juris ſit in tutelari cauſa. Hanc cauſam exaudiunt Docti Viri de actione tutelæ adverſus contutorem, heredemve ejus remotum excuſatumve, a tutore pupilli nomine inſtituta. in ea in litem jurari liquet ex *l. 8. h. t.* Igitur quæritur, quid juris ſit in tutelari cauſa? negat autem Ulpianus, pupillum ipſum, ſi impubes eſt, id eſt, ſi adhuc impubes eſt, vel, quia adhuc impubes eſt, jurare poſſe. opinor, propter defectum idonei intellectus: ex quo æſtimatio affectionis, quam Judicem ſervare, æquum eſt, demum proficiſci poteſt. Nec reſiſtit *l. 26. D. de jurejurando.* intereſt enim, quod jusjurandum iſto loco ab adverſario, illo a Judice, deſertur. Sed hoc in pupillo certum eſt. De tutore videamus. Ulpianus *d. l. 4.* ſic ſcribit: Sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admittendam, etſi parata eſſet jurare, D. Fratres reſcripſerunt. grave enim videbatur, & ignorantes & invitos tutores ſub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps ſubire. Curatores quoque pupilli vel aduleſcentis non eſſe cogendos in litem jurare, reſcriptis Imperatoris noſtri & D. Patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo ſuo vel aduleſcenti tutores vel curatores præſtare volunt, auctoritas juris non refragabitur, quin judicio quod inter ipſos acceptum eſt, finis ejuſmodi poſſit adhiberi: non enim ad ſuam utilitatem referenda jurisjurandi æſtimatio eſt, ſed ad domini cujus nomine tutelæ ratio poſtuletur. Aduleſcens vero, ſi velit, jurare poteſt.

Jurat igitur in litem dominus litis. quatenus? in infinitum. ſic ait Ulpianus *l. 4. §. 2. D. h. t.* In infinitum autem non eſt, in immenſum; ſed in indefinitum: ut in *§. 4. Inſt. de heredib. inſtit.* certe Ulpianus *infinitum* ab *immenſo* diſtinguit in *d. §. 2.* ita ſenſus: Moribus aut legibus quibus receptum ſit jusjurandum in litem, non eſt definita quantitas ad quam debeat jurari. & ideo non eſt juranti opus, ſervare modum. imo ei liberum eſt, rem petitam ſuo arbitrio æſtimare; in eoque affectioni ſuæ indulgere etiam immodice. Nec male Paulus lib. 3. Reſponſorum ſcribit *l. ult. h. t. De perjurio ejus qui ex neceſſitate juris in litem juravit, quæri facile non ſolere.* Nempe poteſt immodeſtia ex affectione rem

æſti-

æſtimantis accuſari, falſitas accuſari non poteſt. Sed, ut hoc agamus, ſic eſt, ſi Judex æſtimationi non injecit modum. At pone, ſtatuiſſe aliquem, ut intra certam quantitatem juretur; ne forte arrepta occaſione in immenſum juretur? & quidem in arbitrio Judicis eſſe, deferre jusjurandum, nec ne, conſtat. an igitur qui poſſit jusjurandum non deferre, idem poſſit & taxationem jurijurando adjicere, quæritur? Arbitrio tamen Judicis bonæ fidei etiam hoc congruere, Ulpianus putat *d.* §. 2. *l.* 4. *h. t.* Proprie vero uti eum *taxationis* verbo, ex hoc Feſti intelligitur. *Taxat verbum ponitur in iis, quæ finiuntur, quoad tangi liceat, in litibus quoque arbitriove, cum proſcribitur, quoad ei jus ſit ſtatuendi. Taxatio dicitur quæ ſit certæ ſummæ.* Hæc ad Ulpianum: cum quo conſentit Marcianus *l.* 5. §. 1. *d. t.* Illud videndum, quale ſit, quod Ulpianus *l.* 68. *D. de rei vindic.* ſic ſcribit: *Si vero, non poteſt reſtituere, ſi quidem dolo fecit, quo minus poſſit, is, quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, condemnandus eſt.* Meo judicio eſt hoc ſic accipiendum: ut Judex, ſi taxationem jurijurando non adjecit, debeat præſtitum jusjurandum ſequi: non autem abſolvere prorſus reum, aut minoris condemnare: præterquam ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus. ita ipſe in *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* & accipienda *l.* 18. *D. de dolo malo.*

Exſpectas finem Tituli, explicitis pleriſque ejus capitibus. ſed reſiſtit Ulpianus: adhuc petens expoſitionem *l.* 1. *h. t.* cujus partem attigimus; ſcopum nondum demonſtravimus. verba Ulpiani: *Rem in judicium deductam non idcirco pluris eſſe opinamur, quia creſcere condemnatio poteſt ex contumacia non reſtituentis per jusjurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, ſed ex contumacia æſtimatur ultra rei pretium.* Ut intelligatur, quo ſpectet Ulpiani diſputatio; conſideranda Inſcriptio eſt. præfert illa Ulpiani lib. 51. Ad Sabinum: quo eum de jure atque officio jus dicentis, itemque de judiciis, Judiciſque, & formulæ datione ſcripſiſſe, liquet ex *l.* 13. *D. de juriſd. l.* 6. *D. de capit. minut. l.* 59. *D. de judic. l.* 55. *D. de re judic. l.* 179. *D. de verb. ſignif.* & *l.* 37. *D. de reg. jur.* Indicavi fontem, unde peti debeat Ulpiani thema. Id ponam in ſtipulatione ratam rem haberi: monſtrante Paulo *l. ult. D. de fidejuſſoribus.* Eſt autem tale: Abſentis procurator in rem agebat, & cum haberet mandatum minus idoneum, dederat, ut mos eſt, cautionem dominum ratam rem habiturum. poſtea victo procuratore, dominus reverſus, iterum de eadem re agitabat: id eſt, iterum eam vindicabat, & cauſam obtinebat. reus victus cum haberet poſſeſſionem, & nollet eam reſtituere juſſu Judicis, ideo magno condemnatus eſt: id eſt, tanti, quanti dominus in litem juravit. Quæritur, in quantum teneantur fidejuſſores, a reo conventi ex cautione ratam rem dominum habiturum eſſe. Dubitatio vertitur: quod in ſtipulatione qua procurator cavet, ratam rem dominum habere, id continetur, quod interſit ſtipulatoris *l.* 19. *D. Rat. rem hab.* id eſt, quantum ei abeſt, quantumque lucrari potuit *l.* 13. *D. eod.* Sed placuit, quod Ulpianus ait *l.* 1. *h. t.* rem in judicium deductam non idcirco pluris eſſe, quia creſcere condemnatio poteſt ex contumacia non reſtituentis, per jusjurandum in litem. qua ratione? quia non res pluris fit per hoc, ſed ex contumacia æſtimatur ultra rei pretium. Quid ergo eſt? Negat Paulus, in amplius teneri fidejuſſores. & cauſatur: quod hoc non debet imputari fidejuſſotibus, quod ille proptet ſuam pœnam præſtitit. Dedi unum exemplum. eſt & alterum in *l.* 60. §. 1. *D. Ad Leg. Falcid.* ſed ex ſuperiore ſatis liquidum.

TITULUS IV.

De condictione cauſa data cauſa non ſecuta.

Interpretationem Tituli ordiar ab emendatione. nam in omnibus codicibus editur, *De condictione cauſa data cauſa non ſecuta.* Nullo ſenſu. melius ſcribatur, *De condictione ſub cauſa dati cauſa non ſequuta*: vel, *ob cauſam dati cauſa non ſequuta.* Hoc modo loquuti Veteres *l.* 9. *l. ult. D. h. t.* In Codice quoque eſt Rubrica, *De condictione ob cauſam datorum.* Ita liquet, hac actione intendi; ut qui dedit ob cauſam, ea non ſequuta, adverſus eum qui accepit, habeat dati repetitionem. Hæc vero obligatio non venit ex contractu: (fuerat enim conventum, ut contra daretur, non ut reſtitueretur) ſed extra: ut ſæpe fieri obſervatur *l.* 13. §. 2. *D. Commodati.* eſt igitur condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta quaſi ex contractu. Cauſa talis eſt aut futura aut præterita. iſta in ſpecie cauſa, illa res appellatur. cauſa non habet repetitionem: res habet *l.* 52. *D. de condict. indeb. l.* 1. *D. de condict. ob turp. cauſ.* Igitur quæ in Rubrica vocatur cauſa, magis res, quam cauſa dicenda: & obtinet hæc condictio, ſi datum ſit ob rem, id eſt, ob cauſam futuram, & non ſequutam.

Primum opottet aliquid datum eſſe. ſcilicet, quia hæc condictio, exemplo mutui nati ex re tradita, poteſt ſpectare ad dati repetitionem. Utrum tamen vere datum ſit, an juris interpretatione pro dato habeatur, non multum refert. ſit thema ex *l.* 10. *D. h. t.* Mulier debitori ſuo nuptura, ei in dotem promiſit pecuniam ab illo debitam; eamque ei hoc nomine acceptam fecit. nuptiis deinde

non

non ſequutis: quæſitum eſt, an mulieri competat condictio ob cauſam dati? poterat dubitari; quia hæc actio vult, aliquid datum eſſe: hic vero nihil datum. ait tamen Javolenus, eam mulieri competere: quia ut non intervenerit vera & naturalis datio per annumerationem pecuniæ: quaſi tamen quædam intervenit per brevem manum. nec intereſt, utrum pecunia mulieri a marito primum ſoluta ſit ex cauſa debiti, & ei deinde annumerata ex cauſa dotis: an quæ apud eum erat ex cauſa debiti, apud eum per acceptilationem manſerit ex cauſa dotis. Similis caſus eſt in *l.* 4. *h. t.* Debitor a creditore impetravit; ut ab eo liberaretur per acceptilationem: ſub ea lege, ut pro ſe daret expromiſſorem. liberatus nullum dedit expromiſſorem. an eſt locus condictioni ob rem dati? ſequentibus juris ſubtilitatem, nihil eſt datum; & ideo non eſt condictioni locus. ſed Ulpiano viſum, æquitatem præferre ſummo juri: ubi in ſumma nihil intereſt; utrum aliquid ſit naturaliter datum; an cum exigi poſſet, remiſſum ſit.

Igitur ut locum habeat condictio ob cauſam dati, aliquid datum eſſe oportet: ſed ob rem, id eſt, ob cauſam futuram. nam ſi quid ſimpliciter datum ſit ſine re aut cauſa; donatio eſt, & condictio ceſſat: quamvis datum ſit ſpe alicujus commodi aut lucri: cum interim de ea nihil eſt in donatione adjectum. Exemplum in *l.* 6. *C. h. t.* Pater filiam ſuam quam ancillam eſſe exiſtimabat, cupiens manumiſſam, ejus domino aliam dedit ancillam: ſperans, fore; ut is illa motus benignitate, filiam ſuam manumitteret. non ſequuta, præter ſpem, manumiſſione: quæſitum eſt, an ancilla data repeti poſſit condictione ob rem dati? Dubitatio eſt: quod pater eam non fuiſſet donaturus; niſi cogitaſſet, fore; ut manumitteretur ejus filia? Quid Imperatores? ajunt, intereſſe, quo modo facta ſit donatio, utrum pure, an ea lege, ut filia manumitteretur: arbitrati, priore caſu meram eſſe donationem quam ut patri extorſerit ſpes ſecuturæ manumiſſionis, interim eſſe liberalitatem pure perfectam ſine lege & conditione, ſeu cauſa finali quam hæc actio deſiderat: poſteriore caſu aliter jus eſſe; nam ſervandam legem donationis: qua non ſequuta, quo minus repeti ancilla poſſit, nihil impedire. Simile exemplum in *l.* 7. *C. d. t.* Gerontius quidam ad quem reſcriptum, inſtituturus peregrinationem, itineris comitem ſibi deſtinabat familiarem amicum: ſed metuens, ne id difficulter ab eo impetraret, ejus uxori dedit donum, nulla adjecta conditione ſeu lege: ſperans, fore; ut eum hac liberalitate facilius ad proficiſcendum ſecum provocaret. nil impetrat. an poteſt revocare donationem quam non feciſſet, niſi crediſſet fore; ut eum permoveret ad proficiſcendum ſecum? Non poteſt. qua ratione? quia non eſt quæſtioni, quo animo, quave ſpe, impulſus motuſque eam donationem fecerit: ſed qua lege. nam ſi nullam repetendi ejus quod donabat, conditionem donationi addidit: integra eſt donatio pure facta, etiamſi maxime eam donationem non feciſſet, niſi ea ſpes fuiſſet: quia verum eſt, pure factam fuiſſe. Et in hunc ſenſum optime Celſus *l.* 3. §. 7. *D. h. t.* conſtare, inquit, eum qui dedit ea ſpe, quod ſe ab eo qui accepit remunerari exiſtimaret, vel amiciorem ſibi eſſe eum futurum, repetere non poſſe opinione falſa deceptum.

Ut igitur obtineat hæc condictio, oportet aliquid eſſe datum ob rem, id eſt, ob cauſam futuram: quod ſi quid ſimpliciter ſit ſine re aut cauſa datum, ceſſat condictio. Nec tamen refert, utrum expreſſa ſit cauſa, an ipſa re, aut idoneis argumentis, intelligatur. Sit thema ex *l.* 6. *D. h. t.* Extraneus aliquis pro muliere nuptura dedit dotem: hac lege, ut ei dos ſoluto matrimonio reſtitueretur. nuptiæ non ſunt ſecutæ. is qui dotem dedit, vult eam repetere. an poteſt? dices, non poſſe: quia præſens caſus pacto convento non eſt expreſſus. nam tantum convenit, dotem reſtitui, ſoluto matrimonio. hic matrimonium adeo non eſt ſolutum, ut ne contractum quidem ſit. denique aliud eſt, matrimonium ab initio non eſſe contractum; aliud eſſe ſolutum, poſtquam contractum eſt. Ait tamen Ulpianus, dotem poſſe repeti hac actione: eo quod res & natura dotis ſatis evincit, hanc fuiſſe mentem contrahentium; ut dos nuptiis deficientibus reſtitueretur; ſive ſolutæ ſint, poſtquam contractæ fuere; ſive numquam ſint ſecutæ: quando dationi dotis, ſervituræ levandis matrimonii oneribus, ſemper inſit tacita conditio, ſi nuptiæ ſequantur; etſi de hoc palam nihil ſit conventum.

Igitur ut fiat huic actioni locus debet aliquid eſſe datum, atque ea lege, ut res ſequatur. at nec hoc ſufficit: præterea oportet rem ob quam datum ſit, non eſſe ſecutam. nam ſi datum ſit ob rem ſecutam, conſequens eſt ſono nominis, ceſſare condictionem ob cauſam dati cauſa non ſecuta: cum ſit ſatisfactum legi ob rem dati *l.* 1. *D. h. t.* Dupliciter vero fit, ut res non ſequatur. primum, ſi accipiens ceſſat dare. deinde, ſi dantem pœnitet dati. prior ſpecies eſt, ſi accipiens ceſſat dare, cum habet dandi facultatem: imo & ſi ea deſtituitur, modo ejus culpa aut mora accuſetur. de culpa indicium eſt in *l.* 5. §. 1. *D. de præſcript. verb.* de mora in *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* nimirum utroque caſu per eum ſtetit, quo minus res ſequatur: nec eſt iniquum, ejus moram aut culpam ei potius, quam adverſario, nocere *l. ult. C. h. t.* quid, ſi id contingat caſu fortuito, nulla mora aut culpa accipientis? nihil eſt, quod ei imputetur: ſiquidem per eum non ſtat, ne res ſequatur. ita rationis fuerit, ex hoc capite ceſſare condictionem

tionem *l.* 8. *C. h. t.* Sed non tantum eſt huic actioni locus; ſi accipiens ceſſat dare; verum etiam tum, cum dantem dati pœnitet. utriuſque cauſæ mentio *l.* 3. §. 2. *&* 3. *item l.* 5. *D. h. t.* apparetque his ex locis: quod ſemper eſt jus pœnitentiæ, quamdiu res ſecuta non eſt: & poteſt datum tamdiu propter pœnitentiam repeti hac actione: ſive res adhuc extet, ſive jam perierit accipientis culpa, aut mora, aut ſine utraque mero caſu fortuito. ita refert volentis agere hac actione, utrum experiatur ex cauſa pœnitentiæ, an ex cauſa rei non ſecutæ; & fuerit prudentiæ, utram eligat, bene exprimere: tam diverſo utriuſque exitu.

Cæterum, ſive hac, ſive illa, ex cauſa deſtinet agere hac condictione: non poterit alias, quam ſi non appareat alia obligatio quam ob rem dati re non ſecuta. nam ſi ſubſit contractus proprii nominis, emptio & venditio, verbi gratia: tum ut maxime datum ſit hac lege, ut contra detur, nec ſit datum contra, nulla repetitio eſt per hanc actionem: perfecta obligatione proprii contractus, ex eaque parata ad ejus conſummationem actione ex empto aut vendito. Licebit hoc intelligere ex *l.* 12. *C. de rei vindic.* Species: Alexander quidam (hoc nomen indicat loci Inſcriptio) dominium mancipii a ſe venditi in emptorem tranſtulit: ea lege, ut contra daretur pretium. emptor ceſſat dare. venditor vult mancipium ſibi reſtitui. an poteſt ex pœnitentia? minime. idque ipſe non ignorat; & ideo petit ab Impp. Diocletiano & Maximiano, mancipium ſibi ex eorum Reſcripto aſſignari. Sed Imperatores, incivile, inquiunt, atque inuſitatum eſt, quod poſtulas, ut mancipium cujus dominium ex cauſa venditionis tradidiſti, *invito emptore*, vel *invito ero* (ſic enim lego, cum alias nullo ſenſu ſcribatur, *invito eo:* ut pridem obſervari *lib.* 2. *Obſerv. c.* 25.) ex noſtro Reſcripto tibi aſſignetur. Sane de pretio convenire potes adverſarium tuum. Iidem Imperatores *l.* 12. *C. de contrab. empt.* idem ſic exprimunt: *Pretium ſane...peti poteſt: nec enim, licet in continenti facta, pœnitentiæ conteſtatio conſenſu finita reſcindit.* Intereſt igitur inter contractus nominatos & innominatos: quod in iſtis etiam eſt dati repetitio: in illis tantum promiſſi exactio. Atque hæc in *l. ult. D. h. t.* eſt Celſo quærendi cauſa, qualis in ſpecie ei propoſita ſit contractus, emptio & venditio, an obligatio ob rem dati re non ſequuta. Verba Celſi adſcripſi: differentiæ rationem effectumque aliquanto curatius demonſtraturus. Verba Celſi: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati re non ſequuta? in quod proclivior ſum. & ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere poſſim.* Sæpe miratus ſum, quo argumento Celſus data pecunia, ut Stichus daretur, potuerit quærere; utrum id contractus genus pro ea portione quam habet in ordine civilium negotiorum, ſit emptio & venditio; (ſic enim explicanda eſſe Celſi verba, indicavi *lib.* 1. *Obſerv. c.* 17.) an potius obligatio ob rem dati re non ſecuta. magiſque mihi ægre ſemper fuit; quod in hoc ſe eſſe procliviorem confitetur: cum Veterum nemo, quantum ex eorum Fragmentis conjicio, umquam dubitaverit; quin pecunia data, ut Stichus detur, ſit emptio & venditio; obligatio ob rem dati non ſit. Eximere igitur hanc difficultatem multi ſuo cogitarunt modo. ego meo idem tentavi *lib.* 4. *Probabil. c.* 4. arbitratus, vitioſa eſſe Celſi verba, & ex Siglis ſic reſtituenda: *Dedi tibi* peregrinam *pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum,* & reliqua. Peregrina pecunia, ut ibidem pluribus oſtendi, mercis loco habebatur. ita rationis fuit; ut ea in ſpecie ex ſententia Celſi non emptio & venditio, ſed contractus innominatus videretur. Nec vero parum intererat, utrum hic, an ille, contractus exiſtimaretur. nam emptio & venditio perficitur, ſimul ac de re & pretio convenit; & ideo ſive aliquid, ſive nihil, datum ſit, modo conſenſum ſit, emptio & venditio dicitur, ſtatimque competit actio ex empto & vendito ad conſummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque condictio cauſa dati cauſa non ſecuta *l.* 12. *C. de contrab. empt. l.* 3. *l.* 7. *l.* 14. *C. de reſcind. vend.* at contractus do ut des demum proficiſcitur a re data; daturque inde actio incerta præſcriptis verbis; nec minus condictio ob rem dati re non ſecuta: illa urget contractus conſummationem: iſta dati repetitionem, & hanc non tantum, cum tu ceſſas dare, ſed & tum, cum me dati pœnitet *l.* 3. §. 2. *&* 3. *item l.* 5. *D. h. t.* Hæc tam varie: quia quidquid in emptione & venditione datur, poſtquam de re & pretio eſt conſenſum, datur perfecta emptione & venditione: ex eaque ſolvitur quaſi debitum; quare neque dati repetitio eſt, & tantum competit actio ex empto aut vendito ad complementum ejus contractus. at qui in contractu do ut des dat, neque debitum dat, neque ut ſe obliget, aut liberet: ſed ut accipientem obſtringat ſibi. proinde verius eſt, illi præter actionem præſcriptis verbis ad id quod intereſt, etiam competere dati condictionem: vel quia res ſecuta non eſt, vel quia eum dati pœnitet *d. l.* 3. §. 2. *h. t.* Intererit, hoc demonſtraſſe. prior cauſa condictionis ob rem dati eſt, quod res ſecuta non eſt, ſive cum poſſet ſequi, ſive cum propter moram

aut

aut culpam tuam non poſſet: illo quidem caſu, ne ego cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te cui rem meam dedi; ea lege, ut mihi tuam dares, cum non eſſem obligatus tibi: hoc autem caſu ideo mihi datur condictio; quia, cum eſt tua culpa aut mora factum, ne contra poſſis dare, non iniquum eſt, eam tibi potius, quam mihi imputari. cæterum, ſi ea res quam debuiſti mihi dare, fortuito caſu periit, præter tuam culpam aut moram, tunc quia per te non ſtat, quo minus eam mihi des, neque adeo eſt, quod imputetur tibi, condictio ceſſat hac ex cauſa. Sed dati condictio mihi non tantum datur tum, cum tu ceſſas dare; verum etiam, cum me dati pœnitet: neque hic intereſt, utrum per te ſteterit, quo minus mihi dares, an per te non ſteterit: nam mihi ſufficit, condictionem neque in hoc, neque in illo, caſu ulla mea obligatione inhiberi. Igitur ſi res mihi a te danda fortuito caſu periit ſine mora aut culpa tua; etſi per te non ſteterit, quo minus eam dares, & ideo negetur mihi condictio ex cauſa rei non ſecutæ: hæc tamen permittetur ex cauſa pœnitentiæ. id liquet ex *l. 5. pr. & §. ult. D. h. t.* nec aliud vult Celſus in *d. l. ult* ſic ſcribens: *Et ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Celſus reſpicit ad condictionis cauſam, quæ pœnitentia nititur, atque ex hac uſum invenit. Eſto; ſi res ſecuta non ſit. Quid, ſi ſecuta ſit; ſed aliter, quam oportuit: ut ſi aliena data ſit, cum propria danda eſſet; aut ſi propria data ſit, ſed is qui debet dare, non caveat pro evictione? utroque in caſu, quamquam ſecuta res eſt, tamen quia ſecuta eſt aliter, quam oportuit, erit pœnitentiæ locus, ex eaque dabitur condictio. Sic apparet, differentias emptionis & permutationis a Celſo tres adferri in *d. l. ult.* prima eſt: quod, ſi mortuus eſt Stichus, antequam mihi datus eſſet, eſt mihi pecuniæ datæ repetitio: quia ut per te non ſteterit, quo minus dares, tamen quamdiu non dediſti, eſt mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione tale jus non eſt, poſtquam eſt de re & pretio conſenſum. altera differentia eſt: quod, ſi alienus eſt Stichus, ſed tu eum tradidiſti, adhuc, quia non dediſti, etſi tradidiſti, tamen ex pœnitentia a te repetam quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares: quod item in emptione & venditione aliter obſervatur. tertia differentia eſt: quod ſi tuus eſt Stichus & pro evictione ejus promittere non vis, ſimiliter erit mihi dati condictio ex cauſa pœnitentiæ: quia oportet te non tantum dare, ſed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia condictio & pœnitentia ceſſat, differentia tertia eſt. Expoſui Celſum in *d. l. ult.*

Neſcio, an addam, quid petat condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta: cum ex nominis ſono intelligatur, hoc agere, ut res ob cauſam data, cauſa non ſequuta, reſtituatur. Illud non ſilebo, eam rem non nude reſtitui; ſed una cum fructibus & partubus *l. 3. §. 1. h. t.* & ſi quid præterea rei adcrevit *l. 12. d. t.* Forte terret te, quod hæc actio tibi videtur eſſe ſtricti juris, & a Paulo ſic traditur *l. 31. D. de reb. credit. Cum fundus vel homo per condictionem petitus eſſet, puto hoc nos jure uti, ut poſt judicium acceptum cauſa omnis reſtituenda ſit: id eſt, omne quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore ſolutus eſſet.* At diſtinguenda ſunt judicia ſtricti juris: non enim omnia eodem pergunt. quin ſunt in quibus petimus quod noſtrum eſt, aut aliquando fuit. atque in his etiam veniunt fructus & acceſſiones: in quibus autem petimus quod noſtrum non eſt, nec umquam fuit, veluti cum quis ex ſtipulatione agit; non veniunt fructus, niſi a tempore litis conteſtatæ. ſic a Paulo animadverſum & traditum *l. 38. §. 1. 2. 3.* juncto *§. 7. D. de uſuris.* porro condictio ob cauſam dati, petit id quod noſtrum aliquando fuit, quamvis nunc non ſit.

TITULUS V.

De condictione ob turpem vel injuſtam cauſam.

In hac Rubrica quæ eſt de condictione ob turpem vel injuſtam cauſam, cauſæ appellatio quoque in futurum proſpicit: eoque Paulus *pr. & §. 1. l. 1. h. t.* omne, inquit, quod datur, aut ob rem dari, aut ob cauſam: & ob rem aut turpem, aut honeſtam. & quidem ob rem honeſte datum, ita demum repeti; ſi res propter quam datum eſt, ſecuta non ſit: de quo ſuperiore actum Titulo: ſed ſi datum ſit ob turpem cauſam, repeti poſſe, etiamſi res ſecuta ſit. Eſt tamen circa hoc Pauli triplex deliberatio: aut enim, inquit, dantis eſt turpitudo, non accipientis; aut accipientis dumtaxat, non etiam dantis; aut utriuſque. Prima deliberatio eſt, ſi dantis ſit turpis cauſa, non accipientis. ad hanc vero partem palam non reſpondet Paulus: etſi non dubito; quin noluerit in ea eſſe dati repetitionem. ſed clare Ulpianus *l. 4. §. 1.* verbis ſequentibus: *Sed quod meretrici datur, repeti non poteſt, ut Labeo & Marcellus ſcribunt. ſed nova ratione, non ea quod utriuſque turpitudo verſatur, ſed ſolius dantis: illam enim turpiter facere, quod ſit meretrix; non turpiter accipere, cum ſit meretrix.* Sermo Ulpiani eſt de meretricibus, artem meretriciam vetere more profeſſis apud Ædiles. Hanc artem profiteri, turpe habebatur: uſque adeo, ut in eas,

quaſi

quaſi indignas omni legum cura, deinde impune admitteretur ſtuprum & adulterium. Tacitus *lib. 2. Annal. c. 85. Veſtilia prætoria familia genita, licentiam ſtupri apud Ædiles vulgaverat: more inter veteres recepto qui ſatis pœnarum adverſum impudicas in ipſa profeſſione flagitii credebant.* Hoc Tacitus. plura in Notis Lipſius. Tales mulieres dicit Ulpianus turpiter facere quod ſint meretrices, id eſt, impudicitiam profeſſæ: at non turpiter accipere, cum ſunt meretrices: ducto, ut videtur, argumento a decoro artis profeſſioniſque. quale fieri ſinit hoc lenæ apud Plautum, *Aſinar.* 1. 3.

> — *Quid me accuſas, ſi facio officium meum.*
> *Nam neque uſquam fictum, neque pictum, neque ſcriptum in poematis,*
> *Ubi lena bene agat cum quiquam amante quæ frugi eſſe volt.*

Hanc rationem Ulpianus vocat *novam*: id eſt, inſuetam, inſolitam: ut ſæpe Veteres loqui, ipſe pluribus probarem: niſi prævenilſet V. CL. Radulphus Fornerius, *Rer. quotid. lib. 3. c. 24.*

Altera Pauli deliberatio eſt, ſi dumtaxat ſit accipientis turpitudo, non etiam dantis. ſic vero ait *l. 1. §. 2. Quod ſi turpis cauſa accipientis fuerit, etiamſi res ſecuta ſit, repeti poteſt.* Et exemplum in verbis ſequentibus *l. 2. Ut puta dedi tibi, ne ſacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.* Et ſubjicitur: *In qua ſpecie Julianus ſcribit, ſi tibi dedero, ne hominem occidas, condici poſſe.* Sic ille: & merito mireris: cum manifeſte detur, ne pecces: id eſt, ne quid admittas turpe. Sed idcirco nihil paciſci aut accipere debes. contra oportet te a peccato, atque adeo a re turpi, ultro abſtinere amore virtutis, aut metu legum. quod ſi ideo accepiſti pecuniam, ne admittas ſcelus: hoc vero Veteribus merito eſt ſemper turpe viſum. Idem puta; ſi tibi dedero, ut mihi reddas rem apud te depoſitam; vel ut inſtrumenta mihi redderes *d. l. 2. §. 1.* item, ſi tibi dedero pecuniam, ut mihi reddas rem quam mihi furto abſtuliſti *l. pen. C. h. t.* aut ut reddas pecora quæ abegeras *l. ult. C. h. t.*

Poſtrema Pauli inſpectio eſt, ſi verſatur utriuſque & dantis & accipientis turpitudo. ait autem, ſic datum non poſſe repeti *l. 3. D. h. t.* hac optima ratione, quam dat Imp. Antoninus *l. 2. C. h. t.* quod in pari cauſa poſſeſſoris conditio melior habetur. Et eſt exemplum Paulo *d. l. 3.* Veluti, ſi pecunia detur, ut male judicetur. idque ultro liquet. ſed quid, ſi dedi; ut Judex ſecundum me pronunciaret in bona cauſa? hunc articulum tractat Ulpianus *l. 2. §. 2. h. t. Eſt quidem*, inquiens, *relatum, condictioni locum eſſe: ſed hic quoque crimen contrahit: Judicem enim corrumpere videtur; & non ita pridem Imperator noſter conſtituit, litem eum perdere.* Sic Ulpianus, ſatis obſcure. ſed mihi probabile eſt, indigitare, fuiſſe quidem qui referrent, id eſt, docerent, eſſe locum condictioni, data Judici pecunia; ut ſecundum cauſam bonam pronunciaret: putantes, eo in caſu nil fieri, niſi quod fieri, Judicis officio convenit. ſed horum ſententia ab Ulpiano refutatur eo; quod etiam tali datione admittitur crimen, ideoque procul dubio turpis eſt dantis cauſa: ut enim præ ſe ferat, bonam eſſe cauſam ſuam; & idcirco velle ſe, ſecundum hanc pronunciari: talis tamen prætextus pertinet ad exemplum. poteſt enim fallere aut falli: utique voluit, Judicem corrumpere, id eſt, in ſuam ſententiam tranſducere. eſtque id eo evidentius, quod etiam Imperator noſter, qui eſt Antoninus Caracalla, non ita pridem conſtituit, eum litem perdere. Sed apparet, in propoſito verſari utriuſque turpitudinem, ideoque ceſſare ex hac cauſa condictionem. Idem, inquit Ulpianus *l. 4. h. t.* ſi ob ſtuprum datum ſit, vel ſi quis in adulterio deprehenſus redemerit ſe. item ſi fur dederit, ne proderetur *d. l. 4. §. 1.* Eſt in his juſta & elegans ratio, ſi exigatur ad regulas juris civilis: ſed in præſentia non addenda: cum liceat eam petere ex his quæ ſcripſi *Dioclet. & Maxim. c. 5.*

Hactenus dixi, quid obtineat, ſi quid datum ſit ob turpem cauſam. ſequens quæſtio eſt, ſi ſic promiſſum ſit. proponit hanc Paulus *l. 8. h. t.* & hoc ſolvit modo: Si ob turpem cauſam promiſeris Titio, quamvis ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummovere eum poſſis, tamen, ſi ſolveris, non poſſe te repetere: quoniam ſublata proxima cauſa ſtipulationis quæ propter exceptionem inanis eſſet, priſtina cauſa, id eſt, turpitudo ſupereſſet: porro autem, ſi & dantis & accipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſorem potiorem eſſe: & ideo repetitionem ceſſare, tametſi ex ſtipulatione ſolutum ſit.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

Cur Titulus De condictione indebiti collocetur hic, ubi exponitur condictio certi ex mutuo, ſi quis quærat: ei parata jam in anteceſſum Titulo 1. *De rebus creditis* eſt reſponſio: quod indebitum accipiens ab eo qui per errorem ſolvit, ei perinde re obligatur, ac ſi mutuum accepiſſet: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. fundamentum hujus actionis alioquin non eſt obligatio ex vero contractu: nam qui indebitum accepit, adeo non tenetur proprie ex contractu, ut ſi certiorem ra-

tionem ſequamur, magis ex diſtractu, quam ex contractu poſſit dici obligatus eſſe: is ſane qui pecuniam dat ſolvendi animo, eam dat potius in hoc, ut diſtrahat negotium, quam ut contrahat. cæterum extra id quod agitur palam, tacita naſcitur obligatio *l.* 13. §. 2. *D. Commod.* qua is qui accepit, perinde tenetur, ac ſi mutuum ei daretur §. 6. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc. l.* 5. §. 3. *D. de oblig. & uct.* Sed apparet ratio poſiti hoc loco Tituli De condictione indebiti: ſimul venire illam actionem quaſi ex contractu, adeoque ex bono & æquo, ſolitam quippe quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, revocare *l.* 66. *D. h. t.* volente naturali æquitate, poſt diſtincta dominia, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l.* 14. *&* 15. *D. d. t.*

Ut autem locum habeat hæc condictio, in ſumma tria concurrere oportet: primum eſt, ut aliquid ſit ſolutum: alterum, ut ſit per errorem ſolutum: tertium, ut ſit indebitum. primum oportet aliquid eſſe ſolutum, nempe dantis opinione: ſi enim verum quærimus, nulla eſt indebiti ſolutio: ſola eſt debiti *pr. Inſt. Quib. mod. tollit. oblig.* Interim ſoluti verbo hic duo continentur: unum eſt, ut aliquid ſit datum: alterum, ut ſit datum pro debito. primum oportet aliquid eſſe datum: quia ſolvere eſt, naturaliter præſtare quod debetur *l.* 49. *D. de ſolution.* Ita ex re naſcitur indebiti condictio, exemplo mutui §. 1. *Inſt. Quib. mod. re contrab. oblig.* Producta tamen ſimilitudine rationis eſt ad cautionem, ſive promiſſionem indebite præſtitam, ut reſtituatur & liberatio ſequatur *l.* 3. *C. l.* 31. *D. h. t.* Non ſufficit, quid datum eſſe, uti ſit indebiti condictio: plus oportet, datum eſſe tamquam ante debitum. id vero ideo neceſſarium eſt; ut indebiti ſolutio diſcernatur a tranſactione: in qua datur quidem, ſed non datur, tamquam ante debitum, verum ob cauſam futuram: quæ eſt, ut a lite diſcedatur; ideoque non repetitur, etſi nulla res ante media fuerit. Ita Paulus *l.* 65. §. 1. *h. t.* & notandum: quod in fine deeſt particula, *&*, hoc modo reſtituenda: *& tranſactio imperfecta eſt, & repetitio dabitur:* ut obſervavi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 3.

Ut igitur obtineat indebiti condictio, aliquid ſolutum eſſe debet: ſed per errorem. nam ſi quis ſciens ſolverit quod non debet, ceſſat repetitio *l.* 1. §. 1. *h. t.* quaſi donaverit *l.* 53. *D. de reg. jur.* Nec mutat, ſi dicatur dediſſe hac mente, ut poſtea repeteret *l.* 50. *h. t.* niſi adjecerit ſolutioni; ut, ſi apparuiſſet, eſſe indebitum, vel Falcidia emerſerit, reddatur: nam tum, quaſi negotium geſtum ſit inter eos, repetitio locum habebit *l.* 2. *d. t.* Quid, ſi ſolverit, dubitans, an debeat? hic in partes iverunt Veteres. ſed Juſtiniano placet. *l. ult. C. d. t.* ei concedere condictionem.

Vult igitur indebiti condictio, aliquid eſſe ſolutum per errorem. ſed qualem? facti procul dubio: nam de hoc loquitur *l.* 6. *&* 7. *C. d. t.* & ſunt exempla *l.* 19. §. 3. *& l.* 22. *D. d. t.* De errore juris videamus. In hoc aliud placuit. certe Paulus *l.* 9. *D. de jur. & fact. ignor. Regula*, inquit, *eſt*, *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Ac ſecundum hanc regulam ita in propoſito ajunt Diocletianus & Maximianus *l.* 10. *C. eod. tit. Cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam ſolverit: ceſſat repetitio. per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti ſoluti competere, tibi notum eſt.* Eodem modo Gordianus *l.* 9. *C. Ad Leg. Falcid.* verbis ſequentibus: *Error facti quartæ ex cauſa fideicommiſſi non retentæ repetitionem non impedit. is autem qui ſciens ſe poſſe retinere, univerſum reſtituit, condictionem non habet: quin etiamſi jus ignoraverit, ceſſat repetitio.* Attuli teſtimonia evidentia ad demonſtrandum quod dixi, tantum repeti indebitum facti ignorantia ſolutum: juris autem ignorantia ſolutum non æque. At enim Gordianus in *l.* 9. *C. Ad Senatuſc. Vellejan.* ſic reſcribit: *Quamvis mulier pro alio ſolvere poſſit; tamen ſi præcedente obligatione, quam Senatuſconſultum de interceſſionibus efficacem eſſe non ſinit, ſolutionem fecerit, ejus Senatuſconſulti beneficio munitam ſe ignorans, locum habet repetitio.* Sed facilis eſt reſponſio: quæ enim propoſita Gordiano fuit conſultatio, eſt de muliere juris errore ſolvente quod per Senatuſconſultum Vellejanum non tenebatur ſolvere. ad mulieres autem regula quam ex Paulo poſui, non pertinet. Ne opus ſit, alios quærere teſtes, ipſe ſic Paulus *d. l.* 9. *D. de jur. & fact. ign. Minoribus viginti quinque annis jus ignorare permiſſum eſt. quod & in fœminis in quibuſdam cauſis propter ſexus infirmitatem dicitur: & ideo ſi ubi non eſt delictum, ſed juris ignorantia, non læduntur.* Moleſtus præterea hic eſt Viris Doctis Ulpianus *l.* 1. *D. Ut in poſſeſſ. legat.* Proponitur ibi heres, cui in teſtamento remiſſa a teſtatore erat ſatiſdatio legatorum ſervandorum cauſa, eam legatario præſtitiſſe; quod crederet, eam a teſtatore in teſtamento non potuiſſe remitti: cum jam contra reſcripſiſſent D. Marcus & Commodus *l.* 2. *& l.* 7. *C. eod. tit.* lapſus igitur fuit errore juris. & tamen permittitur ei condictio indebitæ cautionis. Quid dicimus? ab Ulpiano tradi jus ſingulare, ideoque non trahendum ad conſequentiam. id unde intelligitur? ex his ejus verbis: *Si vero hoc non potuiſſe remitti crediderit, nunquid condicere poſſit qui jus ignoraverit? adhuc tamen benigne quis dixerit, ſatiſdationem condici poſſe.* Ulpianus indigitat, condictionem indebitæ cautionis errore juris præſtitæ, etſi ceſſet ſecundum juris regulam, in propoſito poſſe recipi: ſed, ut dixi, benigne: id eſt, ſingulari jure, & ſine exemplo: ut in talibus obſervari, etiam Africanus memorat *l.* 34. *D. Mandati.* At enim eſt in

l. 7. *&* 8.

l. 7. *&* 8. *D. de jur. & fact. ignor.* regula, errorem juris in damnis non nocere. quid ni igitur in errore juris obtineat indebiti ſoluti condictio? Sed videamus; ne oporteat eam regulam ſic accipi; quaſi velit, juris errorem in medio rem relinquere, eoque perinde babere, ac ſi non eſſet erratum: ſic enim neque nocet, neque prodeſt. ita Cujacius, atque ingenioſe *lib.* 5. *Obſerv. c.* 39. proinde non eſt dubium, quin indebitum ſolvens per errorem juris, faciat quidem damnum, at non ob juris errorem; ſed propter ſolutionem: quia perinde eſt, ac ſi non eſſet erratum: id eſt, ac ſi indebitum a ſciente eſſet ſolutum. Et quod eſt valde obſervandum, poteſt huc referri quod in *l. ult.* §. *ult. D. de jur. & fact. ignor.* a Paulo dicitur, Ignorantiam facti, non juris prodeſſe: nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus.

Poſtremo deſiderat indebiti condictio, ſolutum eſſe indebitum. hoc vero pluribus modis accidit. primum eſt indebitum nullo jure debitum. de quo nihil attinet dici: quia eſt vere indebitum, quod neutro jure debetur. *l.* 26. §. 3. *b. t.* pone: nulla intervenit obligatio ex contractu, nulla ex delicto, vero vel quaſi. pone, interveniſſe cauſas obligationum, ſed quæ jure non valuerint; ut ſunt multæ tales ſub Titulo *Inſt. de inut. ſtipul.* & alibi. quid, ſi valuerunt, ſed jure non habuerunt effectum? nihil mutat *l.* 54. *b. t.* & eſt caſus: ſi quid erat debitum jure civili, ſed poterat per exceptionem infirmari. eſt enim ejus exactio ſummo jure: quia producit actionem: ſed inſtituta poteſt jure Prætorio elidi per exceptionem. quo facto, nihil intereſt; utrum ab initio nulla fuerit actio, an per exceptionem elideretur *l.* 112. *D. de reg. jur.* Hoc tamen Ulpiano *d. l.* 26. §. 3. demum placet, ſi perpetua ſit exceptio. Recte: nam ſi temporalis ſit; contra eſt. finge: eſt aliquid promiſſum in diem: ſtatim debetur; etſi non poteſt exigi, ante quam venit dies. igitur ſolutum ante diem, non repetitur *l.* 10. *D. b. t.* quia ſtatim ceſſit dies, quamvis nondum venit *l.* 213. *D. de verb. oblig.* Hoc: ſi debitum ſit in diem certum. De incerto deliberemus. eſt is aut omnino incertus, aut utique venturus: hoc caſu pro certo eſt, illo conditio habetur: eſtque ejus proprium, ut quamdiu non exiſtit, ſit quidem ſpes debitum iri, ſed interim dies neque veniſſe, neque ceſſiſſe dicatur *d. l.* 213. eoque ſolutum tamquam indebitum, optimo jure repetitur: licet debitum ſub conditione omnimodo exſtatura ſolutum repeti nequeat *l.* 16. 17. 18. *D. b. t.* obſervante Ulpiano *l.* 9. §. 1. *D. de novat.* eum qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnimodo exſtatura eſt, videri pure ſtipulari. Quid, ſi dubitetur, an extitura ſit conditio? Papinianus *l.* 56. *b. t.* ſufficit, inquit, ad cauſam indebiti, incertum eſſe, temporaria, an perpetua, ſit exceptionis defenſio.

Sit igitur regula (nam regulam indicat Inſcriptio *l.* 40. *D. b. t.*) *Qui exceptionem perpetuam babet, debitum per errorem ſolutum repetere poteſt.* At nec hæc regula eſt ſine exceptione; ſi audimus Marcianum *d. l.* arbitratur is, talem exceptionem aut ejus cauſa cum quo agitur, dari; aut in odium creditoris. priore caſu ait, ſolutum repeti; idque accidere in Senatuſconſulto de interceſſionibus; id eſt in Senatuſconſulto Vellejano. poſteriore putat, perperam ſolutum non repeti; veluti, ſi filiusfamilias contra Senatuſconſultum Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus ſolverit: nimirum, quia perpetua exceptio altero in caſu etiam naturalem obligationem tollit: in altero tantum civilem *l.* 9. §. *ult. &* *l.* 10. *D. de Senatuſc. Macedoniano:* ut in loco demonſtrabitur.

Illud quale, quod in exceptione competentiæ qua maritus de dote conventus ultra quam facere poſſit, ſe tuetur, eſt a Paulo *l.* 8. *b. t.* traditum hunc in modum: *Quod nomine mariti, qui ſolvendo non ſit, alius mulieri ſolviſſet, repetere non poteſt: adeo debitum eſſet mulieri?* Mihi videtur ea exceptio tota eſſe humanitatis: itaque maritus ea non tam liberari obligatione reſtituendæ ſolidæ dotis: quam in præſentia excuſari a neceſſitate ſolvendæ. Argumentum mihi illud Pauli, *Adeo debitum eſſet mulieri:* tum cautio quam Juſtinianus *l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* vult ab eo interponi de reliquo dotis ſolvendo, ſi quandoque ad meliorem ſortunam revertatur.

Supereſt, ut diſputemus de debito jure naturali, jure civili indebito. Aliquis hæreat: quia tale debitum, ut maxime nitatur æquitate juris gentium, auctoritate juris civilis deſtituitur. ita caret actione, nec poteſt ab invito peti. Si tamen ultro ſit ſolutum, non poteſt repeti: quia verum debitum eſt jure naturæ. indebiti autem ſoluti condictio naturalis eſt *l.* 15. *b. t.* ex æquo & bono inducta *l.* 66. *d. t.* ne alter cum alterius detrimento fiat locupletior *l.* 14. *d. t.* quod hac in ſpecie non eſt. Eſt igitur debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda *l.* 64. *d. t.* Et eleganter Paulus *l.* 10. *D. de oblig. & act.* *Naturales*, inquit, *obligationes non eo ſolo æſtimantur, ſi actio aliqua earum nomine competit: verum etiam eo, ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit.*

Plane eſt vel in naturali obligatione aliqua opus cautione. quia non eſt unus ejus finis, atque effectus: quin alia cauſam debet mero beneficio, nec procedit ultra officium: alia nata quaſi ex negotio geſto comparatur ad obligandum. prioris exemplum eſt in donatario: qui donatori tenetur ad remunerandum; ſed pudore mero, nulla juris neceſſitate. quare nec impedit condictionem ſolutionis per errorem factæ: putantibus Veteribus, non agi dato acceptoque beneficio, ut ſit creditum: auc-

iore Seneca *lib.* 3. *De beneſic. c.* 7. poſterior hujus loci eſt. exempla occurrunt paſſim.

Hactenus apparet, indebitum in præſente condictione intelligi nulli debitum. porro addam, idem videri, ſi debeatur quidem, ſed alii, & alii ſolvatur: aut ſi ab alio debitum alius ſolvat, quaſi ipſe debeat ſuo nomine *l.* 65. §. *ult. h. t.* nam vel tum repeti ſolutum ejuſdem æquitatis eſt: quia non poteſt ſolutum videri debitum quod nec a debitore ipſo, nec ejus nomine, eſt ſolutum *l.* 19. §. 1. *d. t.* contra dicendum, ſi debitoris nomine ſit ſolutum, (ut poteſt eo invito vel ignorante fieri *l.* 53. *D. de ſolut.*), ceſſare repetitionem: quia jam ſuum recepit creditor; ut eſt in *l.* 44. *D. h. t.* & debet accipi *l.* 5. *C. de petit. hered.* Forte hoc frigebit tibi; exiſtimanti, ſic nullam eſſe dubitandi cauſam. Sed erit aliqua: ſi ſolvens alterius nomine, eum debitorem ſuum eſſe putet; & non eſt. ita enim neutri debet: & ideo repetet, non quidem ab eo cui ſolvit, verum a debitore pro quo ſolvit *l.* 5. §. 5. *D. de except. dol. mal. l.* 12. *D. de novat.*

Age, nunc videamus, cui detur indebiti condictio. Paulus dat ei qui ſolvit; & ſi deceſſerit, antequam repetat, heredi ejus. Sic Paulus *l.* 12. *h. t.* ex natura actionis in perſonam, natæ quaſi ex contractu §. 6. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* ideoque ſolitæ competere ei qui poteſt dicere, adverſarium ſibi teneri aliqua obligatione §. 1. *Inſt. de action.* Id tamen aliquando fallit: non ſubtili quidem jure; ſed benignitate Principali. Exemplum *l.* 2. §. 1. *h. t.* Aliquis heres ſcriptus, adita hereditate ſolvit legata ex teſtamento quod putabat eſſe verum & ratum. id teſtamentum Judicis ſententia declaratum poſtea eſt falſum vel inofficioſum vel ruptum. apparet, indebita eſſe legata: teſtamento quo ſint relicta, nullo ab initio vel ex poſtfacto; ideoque optimo jure repeti. utrum ab herede inſtituto, an legitimo? prior ſolvit, ſed non eſt heres; poſterior eſt heres, ſed non ſolvit. interim condictio indebiti eſt actio perſonalis, tantum obtinens inter eos inter quos eſt nata quaſi ex contractu. proinde non competit heredi legitimo, ſed ſcripto: maxime, ſi de ſuo ſolvit legata. imo & ſi de hereditate dedit: quia hereditatis petitione tenetur ad reſtitutionem tamquam juris ſucceſſor. quamquam hoc caſu intereſt: utrum ea ſolverit bona fide; arbitratus, ſe heredem eſſe ex teſtamento: an mala fide. nam ſi bona fide ſolverit ante motam controverſiam; (poſt eſt poſſeſſor malæ fidei) tenetur quidem petitione hereditatis reſtituere legata ex hereditate ſoluta; & ideo poteſt ea, ſi velit, repetere directa indebiti condictione: ſed ſi malit, uti retentione, & directam actionem cedere heredi legitimo; nec hoc ei invidetur. ſcilicet, quia bonæ fidei poſſeſſor ex Senatuſconſulto, de hereditatis petitione facto, non ultra, quam eſt locupletior factus, hereditatis petitione tenetur. Non igitur invitus ipſa reſtituet legata per errorem ſoluta bona fide ante motam controverſiam: ſed poteſt defungi, ceſſa heredi legitimo indebiti condictione: iſque ea deinde experietur adverſus eos qui ea acceperunt. nec tamen minus ſine ceſſione hic utetur indebiti condictione, non directa ex regulis juris: (quibus alligatus intelligitur Prætor) ſed utili *l.* 16. §. *ult. l.* 17. *D. de petit. hered.* ſuadente æquitate, ob improviſum caſum *l.* 36. §. 1. *D. de teſtam. milit.* ſive ob novam & improviſam cauſam, benignitate Reſcripti Principis legibus ſoluti. Verum id circa inofficioſum & falſum teſtamentum, aut quia poſt multum temporis emerſerit æs alienum, alioſve ſubortos caſus, egregie obſervavit Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. & Papinianus *l.* 3. *h. t.* nec temere ſubjectum *l.* 4. non eſſe novum, ut quod alius ſolvit, alius repetat.

Sequens locus eſt, adverſus quem competat indebiti condictio. Modeſtinus *l.* 49. *D. h. t.* quæ eſt ex lib. 3. Regularum, hanc ponit regulam: *His ſolis pecunia condicitur quibus quoquo modo ſoluta eſt: non quibus proficit.* Sic Modeſtinus; evidente ratione: quia indebiti condictio naſcitur quaſi ex negotio geſto *l.* 33. *d. t.* ſive quaſi ex contractu §. 6. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* Indebiti enim ſolutione quaſi geſtum eſt negotium inter ſolventem & accipientem indebitum. datur igitur ex natura obligationis, quaſi ex negotio geſto, ſive quaſi ex contractu natæ, adverſus eos ſolos quibus quoquo modo ſolutum eſt, non quibus proficit.

Hoc loco non debui oblivisci, ad quid detur indebiti condictio. Pomponius *l.* 7. *h. t.* ſic definit: *Quod indebitum per errorem ſolvitur, aut ipſum, aut tantumdem repetitur.* Pomponius vult, ipſum ſolutum repeti, ſi corpus fuerit: tantumdem, ſi quantitas. & eſt ratio, quod illud functionem accipit in ſpecie: iſta in genere. Cæterum ubi tantumdem dicit Pomponius, eamdem quidem indigitat quantitatem: ſed ob id non vult, bonitatem negligi: ne æſtimationem quidem, ſi non poteſt idem vel tantumdem reddi. Ita certe Paulus *l.* 65. §. 6. *h. t.* *In frumento*, inquit, *indebito ſoluto & bonitas eſt, & ſi conſumpſit frumentum, pretium repetet.* Venit igitur in indebiti condictionem idem vel tantumdem. & ut ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, revocare conſuevit *l.* 66. *d. t.* ſic quid mirum eſt, repetere non modo ſolutum, ſed præterea quidquid ei naturaliter accedit: eo quod ejus fuiſſet, etſi non eſſet ſolutum. eo in numero Paulus *l.* 65. §. 5. *d. t.* ponit partus & fructus: & in *l.* 15. addit, quod alluvione acceſſit: ſic ibidem præfatus: *Indebiti ſoluti condictio naturalis eſt. & ideo etiam quod rei ſolutæ acceſſit, venit in condictionem.* An uſuræ quoque? ne puta: *l.* 1. *C. h. t.* quia ſunt civiles

Digitized by Google

viles acceſſiones, natura incognitæ: ut demonſtravi plene *lib.* 1. *De fœn. & uſur.*

Ab eodem temperamento procedit; ne is qui indebitum accepit, eo nomine teneatur ultra, quam ſit locupletior factus. Huc ducit finis actionis, hoc unum providentis, ne quis cum alterius detrimento fiat locupletior. Ita eſt: condictio indebiti, nata ex bono & æquo, non damnat reum in ſolidum ejus quod accepit, ſed quatenus habet: modo ſi dolo careat. alioquin vel de eo teneri, quod non habet, non eſt iniquum. Paulus *l.* 65. §. 8. *h. t.* rem exemplo illuſtrat. proponitur ſervus tibi indebite ſolutus, a te eſſe manumiſſus. Paulus non dubitat eſſe condictionem, ſed quatenus ſit, id quærit. ſic vero ſcribit: ſi ſciens manumiſiſti; teneberis ad pretium ejus, propter dolum: ſi neſciens; non teneberis ad pretium, quod nullum ad te venit: ſed dumtaxat propter operas, ſi quas promiſit tibi libertus, & ut hereditatem ejus reſtituas. Simile exemplum eſt in §. 7. *d. l.* 65. Ego putans, me tibi debere habitationem, tibi permiſi habitare in domo mea. intellecto poſt errore, eſt mihi jus condicere habitationem, non ipſam: (factum enim infectum fieri non poteſt) ſed ejus æſtimationem. quam? ait Paulus, non quanti locare potui, ſed quanti tu conducturus fuiſti. Sunt & alia exempla *l.* 26. §. 12. *d. t.* ſed ex ſuperioribus facile inventura interpretationem.

Expoſui, quando ſit indebiti condictioni locus. reliquum eſt, quando ceſſet. fit id multis modis. & inter alios, ſi quid ſit ſolutum ea ex cauſa ex qua lis inficiando creſcit in duplum. ſic Veteres definiiſſe, teſtis eſt Imp. Juſtinianus §. *ult. Inſt. De oblig. quæ quaſi ex contract. naſc.* idque certiſſimi juris eſſe traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 4. *C. h. t.* qua ratione? aliis alia incidit. mihi placet, quod ab Arnoldo Vinnio, & Jano a Coſta ad *d.* §. *ult.* fuit creditum, ſimplo ſoluto de duplo tranſigi. in tranſactione autem non eſt indebiti condictioni locus *l.* 65. *D. h. t.* Præter hanc exceptionem eſt & alia in pœnis. Auctor Ulpianus *l.* 42. *d. t.* Pœnæ, inquiens, non ſolent repeti, cum depenſæ ſunt. & eſt ratio hæc apud Pomponium *l.* 19. *d. t.* Si pœnæ cauſa ejus, cui debetur, debitor liberatus eſt, naturalis obligatio manet: & ideo ſolutum repeti non poteſt. Tertia exceptio hæc eſt apud Pomponium *l.* 51. *h. t.* Ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repetere non poſſumus. exemplum *l.* 33. *d. t.*

TITULUS VII.

De condictione ſine cauſa.

Ulpianus *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *item l.* 4. *h. t.* eſt, inquit, & hæc ſpecies condictionis, ſi quis ſine cauſa promiſerit, vel ſi ſolverit quis indebitum. ſed & ſi ob cauſam promiſit, cauſa tamen ſecuta non eſt, condictio locum habet. igitur ſive ab initio ſine cauſa promiſſum eſt, ſive fuit cauſa promittendi quæ finita eſt, vel ſecuta non eſt, dicendum eſt, condictioni locum fore. Exempla *l.* 2. & 3. *d. t.* alia *l. ult. eod.* illa non egent interpretatione: hæc exponam infra ſub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Cæterum poteſt alicui condici quod vel non ex juſta cauſa ad eum pervenit, vel redit ad non juſtam cauſam. Hoc conſtare ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. nec magis opus, moneri, quod dicitur *pr. d. l.* eum qui promiſit ſine cauſa, condicere quantitatem non poteſt, quam non dedit: ſed ipſam obligationem: id eſt ejus liberationem, & ſi ſcriptura intervenit, ejus reſtitutionem.

LIBER DECIMUSTERTIUS.

TITULUS I.

De condictione furtiva.

CONDICTIO furtiva de qua hic agit Titulus, poſſit alicui prima facie videri ex delicto proficiſci: quando non habet uſum niſi re per furtum ablata. nec alio ducit ſonus condictionis furtivæ, rem furtivam a fure repetentis. accedit, quod condictio rerum amotarum cui proxima eſt condictio furtiva, palam dicitur ex delicto naſci *l.* 21. §. 5. *D. de act. rer. amot.* Ei tamen qui ſic cenſeat, non aſſentiar: exiſtimans, utramque jure gentium comparari ex bono & æquo: exemplo cæterarum condictionum, ſolum agentium: ne quis contra naturalem æquitatem locupletior fiat ex alterius jactura. Hoc ſane Marcianus de condictione ex injuſta cauſa, qualis eſt condictio rerum amotarum, cui furtivam aſſimilavi, teſtatur *l.* 25. *d. t.* Acceperit igitur utraque actio ex delicto occaſionem: at ex eo proprie

non eſt: evidente argumento, quod Ulpianus *l.* 10. §. 2. *D. de compenſat.* actionem ex maleficio orientem, ut puta ex cauſa furtiva, diſtinguit ab actione qua condicitur ex cauſa furtiva. præterea neutra eſt pœnalis, neutra famoſa. contra utraque tantum rem ablatam domino repetit jure gentium. Atqui condictio furtiva dicitur introducta eſſe odio furum §. 14. *Inſt. de actionib.* Sit ita. ſed quid tum poſtea? nam & exceptio Senatuſconſulti Macedoniani (quod obſervavit V. CL. Janus a Coſta ad *d.* §. 14.) dicitur in odium fœneratorum dari *l.* 40. *D. de condict. indebiti*; & præſcriptiones contra deſides homines, juris ſui contemptores opponi ſolitæ, odioſæ vocantur *l. ult. C. de annali exceptione:* nec idcirco ex maleficio eſſe, & pro pœnalibus haberi intelliguntur.

Nunc cætera exequar. primum oportet, ut obtineat condictio furtiva, furtum factum eſſe. cum vero furtum ſit, contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipſius rei, vel etiam uſus, poſſeſſionisve *l.* 1. §. 3. *D. de furtis*, facile intelligimus, in condictione furtiva non eſſe opus, rem eſſe domino interceptam: ſed ſufficere, eo invito eſſe contrectatam lucri propoſito. Et eſt exemplum: ſi quis uſus ea ſit, domino invito; ſciens, ſe eam contrectare eo invito. Sic Pomponius *l.* 16. *D. h. t. Qui*, inquit, *furtum admittit, vel re commodata vel depoſita utendo, condictione quoque ex furtiva cauſa obſtringitur.* Pomponius ſignificat, eum qui re commodata vel depoſita utitur, puta, dolo malo & invito domino, fraudulosa illa contrectatione furtum admittere; & ideo non tantum actione furti pœnali, ſed etiam condictione furtiva, teneri. Dixi, quando ſit furtivæ condictioni locus.

Quæris adverſus quem competat? id ſignificat Paulus *l.* 5. *h. t.* confeſſus, numquam ea condictione alium teneri, quam qui furtum fecit, aut heredem ejus. primum dat eam adverſus furem ipſum: & quia manifeſtum non diſtinguit a nec manifeſto, probabile eſt, eam dare adverſus utrumque. ita clare Ulpianus *l.* 10. *d. t. Sive*, inquit, *manifeſtus fur, ſive nec manifeſtus ſit, poterit ei condici.* Unum poſtulat nos meminiſſe Ulpianus, ita demum manifeſtum furem condictione teneri: ſi a domino deprehenſa non fuerit ejus poſſeſſio. cæterum ait, neminem furum condictione teneri, poſteaquam dominus poſſeſſionem adprehendit; & ideo Julianum, ut procedat, in fure manifeſto tractare de condictione, ita proponere: furem deprehenſum aut occidiſſe, aut fregiſſe, aut effudiſſe id quod interceperat. Tenet igitur condictio furtiva qualemcumque furem. An & raptorem? poterat ambigi: quia alius eſt fur, alius raptor. alter clam aufert per inſidias: alter vi manifeſta.. id diſcrimen attigit Ulpianus *l.* 2 §. 24. *D. Vi bonor. rapt.* Plautus quoque *Epidic.* 1. 1. 10. Verba Plauti: *T. Minus jam furtificus ſum, quam ante hac. E. quid ita? T. Rapio propalam.* Sed Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. rejecta verborum ſubtilitate, *Ei quoque*, inquit, *qui vi bonorum raptorum tenetur, condici poſſe*; teſtatus, ita Julianum lib. 22. Digeſtorum ſignificare. ac ne quis putet, eo confundi Julianum; quod vi agit raptor, cum fur plerumque agat clam per inſidias: neſcio, an etiam annotarit, alibi Juliano fuiſſe cauſam ſic definiendi: quod putaret, eo furem eſſe non deſinere. imo contra, quod raperet propalam, idcirco eſſe furem improbiorem *d. l.* 2. §. 10. & *l.* 14. §. 12. *D. Quod met. cauſ.* At Paulus *d. l.* 5. *h. t.* ait, præter furem, etiam heredem, cæteroſque ejus ſucceſſores, condictione teneri. Quid, ſi furioſi ſint aut infantes? Pomponius *l.* 2. *d. t.* ne hos quidem excipit, cum heredes neceſſarii extiterunt, quamvis cum eis agi non poſſit.

Tenetur igitur furtiva condictione non fur tantum: ſed ejus heres quoque. Quatenus? in ſolidum. Qua ratione? videlicet, quia condictio furtiva habet rei perſecutionem *l.* 7. §. 2. *d. t.* Huc intendit hoc Ulpiani *l.* 9. *d. t. In condictione ex cauſa furtiva non pro parte quæ pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus: pro parte autem heres, pro ea parte qua heres eſt, tenetur.* Vere & clare: etſi huic definitioni moram objicere creditur Paulus *l.* 6. §. 4. *D. de act. rer. amot.* conjunctus præſertim cum *l. ult. C. eod. tit.* Sed hanc tollam infra *d. t.*

Interea obſervandum Paulum, cum in *d. l.* 5. *h. t.* ait, numquam alium hac condictione teneri, quam qui furtum fecit, ſic eſſe accipiendum, quaſi velit, ea teneri ſolum qui contrectavit, nam is ſolus fecit furtum: at eum cujus ope conſilio furtum factum eſt, quia ipſe non contrectavit, licet furti tenetur ad condictionem furtivam non pertinere; quia ipſe non fecit furtum. atque ita Ulpianus *d. l.* 6. *h. t.* Similiter fuit dubitatum, furto a filiofamilias facto, utri condici poſſit, filio, an patri? Paulus *d. l.* 5. ex furtiva, inquit, cauſa filiofamilias condici poteſt. recte: fecit enim furtum, atque ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias poteſt *l.* 39. *D. de oblig. & act.* De patre ambigas: quia Paulus *d. l.* 5. nominatim dicit, ex furtiva cauſa filiofamilias condici poſſe. & auget difficultatem; quod præfatur, numquam ea condictione alium, quam qui fecit, teneri, aut heredem ejus. pater autem neque furtum fecit, neque filii heres eſt. Sed quid eſt? patri non poterit directo condici de peculio: quia pater de peculio quidem tenetur ex contractu filii: ſed ex ejus delicto non tenetur: eo quod peculii datione alterum ei permiſiſſe creditur; alterum non æque. Si tamen furto locupletius factum ſit filii peculium: placuit, patrem utili actione teneri,

teneri, non quatenus in peculio eſt, ſed quatenus illud locupletius factum eſt. ita conjicio ex l. 5. *D. de act. rer. amot.* quæ eſt Papiniani, loquentis de actione rerum amotarum, rebus a filiafamilias divortii cauſa amotis: eo certius, quia utramque actionem hac in parte comparat Ulpianus l. 3. §. 12. *D. de peculio.* & ad eumdem modum l. 4. *D. h. t.* ait: *Si ſervus vel filiusfamilias furtum commiſerit, condicendum eſt domino id quod ad eum pervenit: in reſiduum noxæ ſervum dominus dedere poteſt.* Verba prima ſunt de ſervo & filiofamilias: ſequentia ſunt de ſervo tantum: de filiofamilias non ſunt. Ea res in *Rationalib.* moleſta fuit Antonio Fabro. ſed ipſe nihil mutandum cenſeo: animadverſo, talia etiam alibi deprehendi; quin nec eſſe quidem omnino diſſimile in *d. l.* 3. §. 12. Malim igitur in propoſito quod de altero dixit Ulpianus, de altero quoque exaudire: excepto, ſi quid in alterutro ſit ſpeciale: quale eſt, quod ſervus ipſe judicio conveniri non poteſt: filiusfamilias poteſt, & quidem ita; ut, ſi lis cum eo ſit conteſtata, poſſit pater, filio condemnato, actione rei judicatæ conveniri, etiam ea ex cauſa ex qua ab initio conveniri non potuit *d. l.* 3. §. 11. quare in *d. l.* 4. de ſervo additur, *Quod in reſiduum noxæ ſervum dominus dedere poteſt.* Non peccavero, ſi ad hanc partem quæ ad ſervum ſpectat, referam hoc Celſi l. 15. *h. t.* *Quod ab alio ſervus ſubripuit, ejus nomine liber tenetur: condici autem ei non poteſt, niſi liber contrectavit.* Pone: ſervus furtum fecit alii, quam domino. is ſervus poſtea manumiſſus. quæritur, an liber factus teneatur ei cui furtum fecit? Celſus actionem furti pœnalem diſtinguit ab actione rei perſecutoria, qualis eſt condictio furtiva. illa eum teneri ait: hac negat; niſi liber contrectavit. qua cauſa? Celſus nullam indicat. ſed videamus, ne voluerit, condictionem furtivam, quamvis ex furto pendentem, tamen quod eſt rei perſecutoria, non pœnalis, in propoſito magis imitari actiones ex contractu rem perſequentes, quam ex delicto pœnales. Ait vero Ulpianus l. 14. *D. de oblig. & act.* *Servos ex delictis quidem obligari, & ſi manumittantur, obligatos remanere: ex contractibus autem civiliter quidem non obligari, ſed naturaliter & obligari & obligare. denique ſi ſervo qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumiſſo ſolvam, liberor.* Tenes, adverſus quos detur condictio furtiva.

Porro accipe, quibus detur. Ulpianus l. 1. *h. t.* dat domino, & ſoli: quamquam non ſemper, ſed donec ſuo facto dominium amittat. ſic obſervat l. 10. §. 2. *d. t.* & ponit exemplum: ſi dominus rem alienaverit. addit §. 3. inde a Celſo inferri, ſi dominus rem furtivam pure legaverit furi heredem non poſſe ei condicere: idemque eſſe, ſi legaverit alii. nimirum, quia dominium in utroque caſu facto teſtatoris, id eſt, domini, diſceſſit. Hoc plus ſcribit Paulus l. 11. nec legatarium poſſe condicere. & cauſatur, condictionem competere ei cui ſubrepta res eſt, vel heredi ejus. legatario vero, etſi jam dominus ſit, non eſt ſubrepta: neque eſt heres domini cui ſurrepta eſt. non igitur ei competit condictio furtiva. Ita eſt, ut dixi: ſolus condicit dominus cui eſt furtum factum, & quamdiu eſt dominus. alius poſtea dominus factus, vindicare rem ablatam poteſt: ſed condicere non poteſt *d. l.* 11. Superioribus convenienter Ulpianus ex Marcello ſic definit: Si res mihi ſubrepta, tua remaneat, condices: ſed & ſi dominium non tuo facto amiſeris, æque condices. & eſt exemplum in rebus extinctis in §. 26. *Inſt. de rer. diviſ.* Hoc in re propria Ulpianus l. 12. *h. t.* quid in re communi? in §. 1. ex eodem Marcello ſic infert: In communi igitur re eleganter ait, intereſſe, utrum tu provocaſti communi dividundo judicio, an provocatus es: ut, ſi provocaſti communi dividundo judicio, amiſeris condictionem; ſi provocatus es, retineas.

Reliquum eſt, ad quid ſpectet condictio furtiva. oſtenſurus hoc Ulpianus l. 7. §. 1. *h. t.* condictionem furtivam diſtinguit ab actione furti: dicens, hanc pœnam petere legitimam, illam rem ipſam *d. l.* 7. §. 2. Rei autem appellatione etiam fructus comprehendit: nam vel hos in hanc actionem venire ait l. 8. §. *ult. d. t.* exemplo eorum quæ de his & cæteris acceſſionibus naturalibus dicta ſunt ſub Titulo, *De condictione cauſa dat. cauſ. non ſequut.* Paulus l. 3. *d. t.* addit, ſi quid præterea interſit agentis, & id venire in condictionem. exemplum Paulo: ſi ſervus condicatur, iſque heres ſit inſtitutus, & periculum ſubeat dominus hereditatis perdendæ. item, ſi mortuum hominem condicat, conſecuturum ait pretium hereditatis. Venit igitur in hanc actionem res ſurrepta. quid ſi ſit maſſa ex argento, ex qua facta ſint pocula? movet quæſtionem, quod non pocula ſunt ſurrepta, ſed maſſa. nunc non eſt maſſa, ſed pocula, id eſt, aliud, quam quod eſt ſurreptum, & peti condictione furtiva ſolitum. Sed Paulus l. 13. *d. t.* Fulcinium ſequutus ait, pocula ex argento ſurrepto facta condici. & recte: quia non conſtituunt ſpeciem a maſſa diverſam: quippe cum poſſint facile ad maſſam, id eſt, ad veterem & rudem materiam, reduci l. 7. §. 7. *D. de adq. rer. domin.* Igitur quod dictum, rem ſubreptam furi condici, procul dubio obtinet, quamdiu extat: tamdiu enim dari poteſt. quid, ſi perierit? jam non poteſt dari: ſed non idcirco fur condictione liberatus eſſe intelligitur: contra tenetur ad ejus æſtimationem; neceſſitate jus faciente, ubi non licet facere aliter. quid hæremus? & alias, ſi quæ res debita perierit poſt moram, perſonæ interpellatione admitti ſolitam l. 32. *D. de uſur.* obligatio perpetuatur, reſque peti poteſt l. 91. §. 4. & 6. *D.*

de

de verb. oblig. Sed in fure præcipuum eſt, quod etiam non interpellatus in mora eſt: qui ne attingere quidem rem alienam, nedum retinere debuit, invito domino. an igitur miramur, furem, re perempta, quod ipſam condare nequit, ad æſtimationem obligari *l.* 8. *l. ult. D. h. t.* Hac ratione, ne fuerit quidem labor, ut inveniatur ea æſtimatio, quodnam conſiderandum præſertim ſit tempus. placet enim, quod Ulpianus *d. l.* 8. §. 1. ait, id ſpectari quo res umquam plurimi fuit; additque hoc, vel inde intelligi, quod fur deteriorem rem factam dando non liberatur: eo quod ſemper moram facere videtur. Exempla duo adfert Paulus *l.* 13. *h. t.* prius eſt, quod in condictione poculorum quæ ſint facta ex ſurrepta maſſa, etiam ſit cœlaturæ æſtimatio. alterum eſt: quod ſi infans ſurreptus adoleverit, æſtimatio ſit adoleſcentis, quamvis cura & ſumptibus furis creverit.

Spero, neque inutilem, neque tædio, futuram orationem monentis, quod de periculo furis dixi, ubi periit res furtiva, non ſine temperamento accipi oportere. quemadmodum enim periculum fuit conſequens moræ quam fur ſemper facere intelligitur: ita rationis eſt, aliter recipi, purgata mora, & poſtea nulla. adferuntur autem ſub hoc Titulo modi duo purgandæ moræ: oblatio rei furtivæ, & novatio. oblatio eſt rei præſentis: ſola enim præſens offerri poteſt: abſens non poteſt *l.* 72. §. 3. *D. de ſolut.* ea oblatio aut nuda eſt aut ſolemnis. nuda ſit adhibitis teſtibus, non ſecuta obſignatione & depoſitione. talis oblatio moram purgat, condictionem non tollit: utique, quamdiu res extat: at extincta, tollit. videlicet, quia mora purgata, periculum deſinit eſſe furis; & deinceps ſit domini: cujus foret, non facto furto, id eſt, mora ab initio non admiſſa. ſolemnis oblatio eſt, quam ſecuta ſit obſignatio & depoſitio. ejus major vis eſt, quam nudæ: cedit enim (ut intelligitur ex *l.* 9. *C. de ſolut.* & *l.* 19. *C. de uſuris*) pro ſolutione: ejuſque exemplo tam extante re furtiva, quam perempta condictionem tollit: quia perinde habetur, ac ſi res furtiva domino eſſet reſtituta. Demonſtrata ſic natura utriuſque oblationis, & nudæ & ſolemnis: ultro liquet, quid velit hoc Ulpiani *l.* 8. *D. h. t.* *In re furtiva condictio ipſorum corporum competit: ſed utrum tamdiu, quamdiu extant; an vero & ſi deſierint eſſe in rebus humanis? Et ſi quidem obtulit fur, ſine dubio nulla erit condictio. ſi non obtulit, durat condictio æſtimationis ejus: corpus enim ipſum præſtari non poteſt.* Sic Ulpianus. ad eumdemque modum poteſt accipi, quod de oblatione dictum a Papiniano *l.* 17. *h. t.* Alter modus purgandæ moræ eſt novatio: ſive ſimplice ſtipulatione fiat inter eaſdem perſonas: ſive interveniente delegatione inter diverſas. utriuſque meminit Papinianus *d. l.* 17. veriſſime arbitratus, neutram re præſente egere: quia hoc caſu, quamvis res abſit, non poteſt mora ex furto eveniens ſupereſſe, furti obligatione in aliam interveniente novatione tranſlata.

Igitur purgatur a fure mora oblatione rei, aut novatione. An etiam, ſi parato fure condictionem excipere, per me ſteterit rem condicere: cum eſſet in rebus humanis, & poſtea ſit perempta? Tryphoninus *l. ult. h. t.* negat: teſtatus, Veteres voluiſſe, jam condictionem durare. atqui aliter placuit in cæteris debitoribus. Demus: juſte ad judicium provocantibus *l.* 24. *D. de uſuris.* At de fure dici hoc qui poteſt? nam ejus numquam juſta cauſa eſt. imo contra Tryphoninus, videtur, inquit, fur qui primo invito domino rem contrectaverit, ſemper in reſtituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere.

Expoſito uſu condictionis furtivæ, deinceps an neceſſaria ſit, videamus. Eam litem finit Juſtinianus §. 14. *Inſt. de actionibus* verbis ſequentibus: *Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt: ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine, fures etiam hac actione teneantur, Si apparet, eos dare oportere, quamvis ſit adverſus eos etiam hæc in rem actio per quam rem ſuam quis eſſe petit.* Juſtinianus ſignificat, condictionem furtivam eſſe inventam idcirco, quod odium furum poſtularet, eos (addo, alios eis ſimiles *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *D. de condict. tritic.*) gravius teneri, quam vulgares malæ fidei poſſeſſores, vindicatione quidem adſtrictos ad reſtitutionem rei, ſi eam poſſideant, aut alioquin fecerint dolo malo, quo minus poſſideant: at condictio furtiva indiſtincte datur adverſus furem, etſi rem furtivam non poſſideat, nec dolo malo fecerit, quo minus poſſideat §. *ult. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* imo, ut vidimus, tenetur etiam, cum eam amiſit caſu fortuito: qui in rei vindicationem non venit; ut apparet ex *l.* 16. *D. de rei vindic.* & *l.* 40. *D. de petit. hered.* Indicavi, quo ſenſu dicatur, odio furum placuiſſe, eos, præter actionem furti & rei vindicationem. etiam condictione furtiva adſtringi, & quidem magis, id eſt, gravius, quam rei vindicatione. Adhuc latet, qua ratione fur dicatur ad dandum condictione furtiva conveniri: cum ſoli concedatur domino; ejuſque quod eſt jam ejus, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud ſedet. mihi probabile eſt, hanc actionis formulam non procedere a vero: ſed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in propoſito voluiſſe ſub iſto colore periculum rei furtivæ, ſi quo fortuito caſu pereat, reo eidemque furi, tamquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin jure dominii rei interitus pertineret ex regulis juris.

Præter certi condictionem ex cauſa furtiva domino adverſus furem accommodari ſolitam, eſt alia quæ incerti vocatur; & competit ei cujus non dominium fuit, ſed poſſeſſio. Ob-

ſervatum exemplum ab Ulpiano *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* in creditore pigneratitio his verbis: *Neratius libris membranarum Ariſtonem exiſtimaſſe refert*, eum *cui pignori res data ſit, incerti condictione acturum, ſi ea ſubrepta eſt.*

TITULUS II.

De condictione ex lege.

Ex ordine ſequitur condictio ex lege, ipſa multi in jure uſus. de hac ita Paulus *l. unic. Si obligatio lege nova introducta ſit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum eſt.* Paulus novam appellat legem, quæ ſit lata poſt Legem Duodecim Tabularum: quæ ſæpe vetus, ſive antiqua, appellatur. Igitur inventa tali nova Lege obligatione, nec prodito ea nomine actionis, ejus executionem procuraturæ: placuit, Jureconſultis, in Fori Diſputatione de ea deliberantibus *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* ex lege condictionem concedere. Extant complura exempla: ſed defungar uno aut altero. tale adfert Ulpianus *l.* 27. §. *ult. D. Ad Leg. Jul. de adult.* ex capite nono Legis Juliæ de adulteriis: ſic loquens. Si ſervus adulterii accuſetur, & accuſator quæſtionem in eo haberi velit, duplum pretium domino præſtari Lex jubet: at hic ſimplum. Qua actione? Lex nullam nominat. tantum indicat debiti obligationem. at Marcianus *l.* 28. ſequente, Quod, inquit, ex his cauſis debetur, per condictionem quæ ex Lege deſcendit, petitur. Aliud exemplum in *l.* 1. *C. h t.* Proponitur ibi Fiſci debitor ex primipilo, id eſt, ex cauſa primipilari. eſt autem hic primipilus, annona militaris: alias dicitur paſtus primipili. annotavit hoc Jacobus Gothofredus ad *l.* 6. *Cod. Theod. De cohortalib.* & ante Jacobus Cujacius ad *l.* 3. *C. eod tit.* Qui eam annonam curabat, dicebatur fiſco teneri ex primipilo, ſive ex cauſa primipilari: & ut intererat fiſci, hanc diligenter atque ex fide adminiſtrari: ſic erant multa fiſci privilegia. inter cætera eſt hoc in præſenti; ut ſi ſolvendo ex primipilari cauſa non ſit ejus debitor, & habeat debitorem ex cauſa fœnebri in diem certum, hic ab illo conveniri poſſit, ut debitum repræſentet ante definitum tempus: etſi id ſit contra juris formam. Sed Imperatores, arbitrati, publicam utilitatem privata eſſe potiorem, neglecto jure ſolemni in honorem fiſci, & ipſi & ejus debitori illum in finem indulſere ex lege condictionem. Eſt & aliud exemplum in *l.* 65. *D. Solut. matrim.* ad quam more ſuo erudite D. Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 34. Novo etiam jure Imp. Juſtinianus confirmavit donationem nudo pacto perfectam, ex eoque obligationem naſci juſſit *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* actionis tamen nomen nullum prodidit. ſervanda igitur illa donatio condictione ex lege. quam etiam ipſe deinde poſuit Juſtinianus *Novell.* 161. *c.* 1. §. 1.

TITULUS III.

De condictione triticiaria.

Ad hunc Titulum qui eſt *De condictione triticiaria*, nullam adferam interpretationem: non adſuetus alios docere quod ipſe non intelligo. memoria teneo omnia, de hac condictione tradita a Tituli hujus Interpretibus: ſed expenſis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permiſi: ut contra ſæpe ſim miratus, tam ſecure tractari actionem: cujus nemo non modo uſum, at nec nomen, ad probabile explicando adduxit. tantum abeſt, ut quiſquam utrumque aut alterum ſit ex ſolido conſequutus. Dixi, meo more, quod ſentio, ingenue. nec offendet verecundia abſtinentis exemplo publice noxio: utique non effecturo aliud; niſi ut hic & alibi incognita pro cognitis jactentur. utinam alii ſimiliter profiterentur, ſe de natura & ratione hujus actionis nihil habere compertum bona fide! poſſet fortaſſe ſic ſperari, fore: ut eruditiores de obſcuritate rei admoniti, cogitarent deinceps de quærenda via nova, qua aliquando liceret eam in clara luce conſpicere.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco dari oportet.

Titulus, *De eo quod certo loco dari oportet*, indicat nomen actionis a Veteribus hoc loco explicitæ; conſtatque primis Edicti verbis, quo propoſita illa actio fuit: ideoque Edicto optima fide reſtituitur. Præter hoc conjicio ex *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* factam in Edicto fuiſſe mentionem *ſtipulationis*, certo loco *dari*. Non minus perſuaſus ſum diſputatione §. 8. *d. l.* Prætorem, ſi ex ea ſtipulatione alio loco agatur, facta commemoratione ejus, quo debetur, eſſe pollicitum actionem, *quanti ea res erit*. Poſtremo eſt mihi documento, Prætorem meminiſſe *arbitrii Judicis*, quod hæc actio *d. l.* 2. & alibi vocatur *arbitraria*. His ar-

argumentis venit mihi in mentem, Edicti formam in hunc modum confingere: *De eo quod certo loco dari oportet ex ſtipulatu, ſi alio petatur, facta mentione ejus quo debetur: actionem dabo; ut quanti ea res erit, tanti arbitrio Judicis æſtimetur.* Hæc ſumma Edicti, complexi actionem neceſſariam ſtipulato, Epheſi, verbi gratia, decem dari. habebat enim is jus Epheſi agere actione directa ex ſtipulatu: alibi agere jus non habebat: plus petiturus loco; eoque litem amiſſurus, non inſtitutam ita, ut eam ex lege ſtipulationis inſtitui oportebat. illo ſane ſic intendente, Ajo, te mihi Romæ decem dare oportere ex ſtipulatu: Prætor Judici ſequentem præſcribebat formulam: Si paret, reum decem Romæ dare oportere ex ſtipulatu, condemna. Sic vero ordinato judicio, una erat Judicis notio, an reum Romæ decem ex ſtipulatu dare oporteret. quod ſi non pareret: nil ei reſtabat, niſi reum abſolvere; etſi pareret, Epheſi deberi. videlicet, quod non juſſerat Prætor judicari, an Epheſi, ſed an Romæ deberetur. a formula autem Prætoris Judici recedere in judicio ſtricti juris non licebat. Interim fieri non oportet, natam ex illo rigore fuiſſe difficultatem plane inexplicabilem. ea difficultas erat: quod ſi promiſſor numquam veniret Epheſum, ſive quod nollet, ſive quod non poſſet, vel morbo impeditus, vel negotiis diſtractus; numquam poſſet ad ſuum venire ſtipulator: inani actione, alio loco non habitura uſum. Æquum erat, fateor, promiſſorem tali in caſu alibi, quam Epheſi conveniri. At hæc non de æquo, ſed de jure, quæſtio eſt: & commode Celſus, quidquid, inquit, adſtringendæ obligationis eſt, id niſi palam verbis exprimatur, omiſſum intelligendum eſt *l.* 99. *D. de verb. oblig.* Igitur in re neceſſaria ſubvenit Prætor: conceſſa ſtipulatori actione utili *l* 1. *D b. t.* per quam permittebat Judicis arbitrio, æſtimare, quanti rei aut actoris intereſſet, potius Epheſi, quam Romæ, ſolvi *l.* 2. *d. t.* Nec tamen Prætor vel ſic agi permittebat, niſi facta mentione loci in quo promiſſa erat ſolutio. ea enim omiſſa, ſi pure ageret ſtipulator; illi Prætor alio loco non indulgebat actionem utilem ſive arbitrariam, loci utilitatem reo auferenti §. 33. *Inſt. de actionib.*

Obtinet igitur hæc utilis ſive arbitraria actio in contractibus ſtricti juris: qualem in Edicto eſſe ſtipulationem, Epheſi decem dari, certus auctor eſt Ulpianus *l.* 2. §. 1. *D. b. t.* An etiam in judiciis bonæ fidei? De his nihil adjecit Prætor. & fuerit argumento hoc Pauli *l.* 7. *pr.* & §. 1. *d. t.* *In bonæ fidei judiciis etiam ſi in contrahendo convenit, ut certo loco quid præſtetur, ex empto vel vendito vel depoſiti actio competit, non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit, hac actione utendum erit.* Florentiæ ſic extat: aliter editur apud Accurſium & Haloandrum. ſed ſana eſt Florentina lectio: ut bene obſervavit Ruſſardus. Secundum hanc negat Paulus, in bonæ fidei contractibus pacto convento aliquid certo loco præſtari, actionem utilem ſive arbitrariam ex hoc Edicto competere. contra vult, eam eſſe ſupervacuam: in actione bonæ fidei, qualis eſt empti vel venditi vel depoſiti, clauſula Ex fide bona formulæ inſeri ſolita, ampliſſimam Judici permittente facultatem æſtimandi, quemadmodum actori & reo ex æquo & bono ſatisfieri debeat. Nec erraverit, quiſquis dicat, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptioniſque doli mali, judiciis bonæ fidei ineſſe, ibique officio Judicis contineri, nec deſiderare Prætoris indulgentiam, quamvis in actionibus ſtricti juris neceſſariam. Illud quale, quod in §. 1. *d. l.* 7. addit Paulus: *Si tamen certo loco traditurum ſe quis ſtipulatus ſit, hac actione utendum erit.* Lucem facict intellectus verbi, *ſtipulatus*, non active, ſed paſſive, accipiendi: ut apud Ulpianum in *l.* 26. §. 13. *D. de condict. indeb.* & a Suetonio fuiſſe uſurpatum, teſtis eſt Priſcianus *lib.* 8. his verbis: *Suetonius paſſive protulit* (ſtipulari) *in* 4. *Prætorum: Lætoria quæ vetat minorem annis* 25 *ſtipulari*, ἐπερωτᾶσθαι. Ita fuerit Pauli ſenſus: Etſi in bonæ fidei contractu, quo convenerit, quid præſtari certo loco, ſupervacua ſit arbitraria actio, ſufficiente actione bonæ fidei: tamen ſi venditor, verbi gratia, novandi animo ſtipulatus ſit, id eſt, promiſerit, ſe rem venditam certo loco traditurum; deinde eſt ſtipulatio facta ex cauſa emptionis & venditionis, ac ſi venditor non accedat ad locum placitum, utendum eſt hac actione, id eſt, arbitraria: quia non eſt jam emptio & venditio, ſed ſtipulatio: ex qua ſine commemoratione loci in contrahendo adjecti, actio alibi inſtitui non poteſt.

Non igitur obtinet arbitraria actio in bonæ fidei contractibus: ſed in contractibus ſtricti juris: non tamen in omnibus, ſed in ſtipulatione. nam de una illa loquutum fuiſſe Prætorem in Edicti reſtitutione in anteceſſum monui ex *l.* 2. §. 1. *D. b. t.* Cæterum non hoc fine ſtetit diligentia, latius porrecta a Veteribus interpretatione. Nec dubito; quin ab hac cauſa placeat Paulo *l.* 5. *d. t.* ſi heres a teſtatore juſſus ſit, quid dare certo loco, etiam arbitrariam actionem, id eſt, utilem ex teſtamento, competere. Nec aliud fuit conſilium Pomponio *l.* 6. *eod. tit.* ſi mutua pecunia ſic data fuerit; ut certo loco reddatur. De pecunia quoque conſtituta diſputans Ulpianus *l.* 16. §. 1. *D. de conſtit. pecun. Certo loco*, inquit, & *tempore conſtituere quis poteſt. nec ſolum eo loci petere, ubi ei conſtitutum eſt, ſed exemplo arbitrariæ actionis ubique poteſt.* Hæc verba appoſui, ut ea juvarem paucis: parum enim cohærent: niſi putetur Ulpianus, *Conſtituere quis poteſt*, dixiſſe pro poteſt facere, ut conſtituatur: quomodo *punire*

pro

pro facere, ut puniatur, & *damnare* pro facere, ut damnetur, alibi uſurpari, annotavi ſupra ſub Titulo, *De receptis.* Quidquid eſt: illud liquet, Juriſconſultos arbitrariam actionem non magis in ſtipulatione, quam in aliis ſtricti juris contractibus, admiſiſſe. Qui potuere ſilente Edicto? opinor, eos moviſſe; quod eadem fuit utilitas proponendæ arbitrariæ actionis in omnibus ſtricti juris contractibus; ſi convenerit, quid dari certo loco. nec eſt veriſimile, Prætorem pro ſua ſapientia voluiſſe, eam in una valere ſpecie, in aliis noluiſſe, quantumvis pari omnium cauſa. receptum igitur eſt ex Prætoris mente: ut quemadmodum in ſtipulatione, ita in cæteris ſtricti juris contractibus, ſolutione certo loco promiſſa, ubique agi poſſit. Nec metuam huc ex *d. l.* 16. §. 1. transferre hoc Ulpiani, *Exemplo arbitrariæ actionis ubique poſſit.* quid enim denunciat, niſi quod conſtitutori in propoſita ibi ſpecie licet ubique agere ad ſimilitudinem, ſive ex mente, Edicti quo promiſſa a Prætore fuit arbitraria actio. quomodo idem Ulpianus *l.* 28. §. 5. *D. Ex quib. cauſ. major.* ajt, *Exemplo reſciſſoriæ actionis etiam exceptio ei qui reipublicæ cauſa abfuit, competit.* Senſus Ulpiani, (a me demonſtratus ſub Titulo, *Ex quib. cauſis majores*) eſt, Ex Edicti verbis tantum competere actionem reſciſſoriam; ſed exceptionem nihilominus ex Edicti ſententia obtinère. De eo deliberemus; an quia putans, ſe debere loco certo, ſi indebitum ſolvit, idemque ſit repetiturus, indigeat utili condictione, exemplo Edicti. Poterat alicui videri idcirco: quod indebiti ſolutio quaſi mutuum eſt *l.* 5. § 3 *D. de oblig. & act.* Sed Paulus *l.* 27. *D. de condict. indeb.* ſic ſcribit: *Qui loco certo debere exiſtimans, indebitum ſolvit, quolibet loco repetet: non enim exiſtimationem ſolventis eadem ſpecies repetitionis ſequitur.* Obſcurior eſt Pauli ſermo: ſed deſignat, eum qui exiſtimans ſe debere loco certo, indebitum ſolvit, & mox repetit, non egere utili condictione: ſed directa poſſe repetere quolibet loco; eo quod exiſtimatio ſolventis non cohæret ejus repetitioni. & eſſe argumento: quod ut maxime putaret, ſe, cum ſolvit, debere certo loco; proinde non convenit, ut eodem repeteret loco, quo ſolvit: nec eſt cauſa aut neceſſitas actionis arbitrariæ. contra poteſt in propoſito pecunia indebite ſoluta ſine commemoratione loci in quo ſoluta ſit, repeti quolibet loco.

Liceret mihi jam hinc diſcedere: niſi coarctanda eſſent proxima Pauli verba, *quolibet loco*, ultra ejus mentem, ultraque juris formam prima facie egredientia. ſane ſervantibus dicta de foro competente ſupra ſub Titulo, *De judiciis:* probabile eſt, putantem, ſe debere certo loco, non cogi, a ſe ſolutum repetere in loco ſolutionis: ſed habere jus, eo nomine agere in loco domicilii ejus qui indebitum accepit. ſic utique cavetur; ne contra juris formam, quod noluit Paulus, in infinitum excurrat *locus quilibet.* erit vero ſenſus, eam repetitionem poſſe fieri in loco quolibet, ubi alioquin eſſet conveniendus qui indebitum accepit: qualis locus eſt domicilii particularis aut communis.

Sit ita in *d. l.* 27. in qua eſt actio ſtricti juris. ſed quid dicemus de *l.* 16. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* in qua arbitrariam eſſe, paulo ante demonſtratum eſt. & tamen illa dicit Ulpianus, pecuniam certo loco conſtitutam non ſolum peti eo loci, ſed *ubique* poſſe. Siccine? primum foret perabſurdum, locum aut conſtituto aut ſtipulationi adjici coarctandi fori gratia, idemque adjecto loco fieri laxius, quam eo non adjecto eſſet futurum. Deinde non mutavit hoc Prætor, propoſita arbitraria actione: non alio ejus fine, quam ne directa actio, propter adjectum locum, intercideret: promiſſore ad eum non accedente. Ita putemus, ſtipulatorem inventa actione arbitraria, tantum in eum reduci ſtatum; in quo, omiſſa loci adjectione, fuiſſet. quo caſu promiſſorem in loco domicilii conveniri debuiſſe, inter omnes conſtat. Verum quid hæremus? inveſtigantes Ulpiani mentem an meliore utamur duce, quam Ulpiano? atqui ille in *l.* 19. §. *ult. D. de judic.* ſic ſcribit: *Sciendum eſt, eum qui ita fuit obligatus, ut in Italia ſolveret, ſi in provincia habet domicilium, utrobique poſſe conveniri & hic & ibi.* Durior tamen eſt Ulpiani locutio. Non nego: ſed duriorem malo, quam falſam aut ſtultam: cum præſertim ea durities molliatur & forma juris, & mente contrahentium, & teſtimonio Ulpiani, & plane ſimili locutione Pauli de ſtricti juris actione in *d. l.* 27. *D. de condict. indeb.*

Addamne, Papiniani *l.* 43. *D. de judic.* addam: cum in hac aliud præterea habeam notare. Verba Papiniani: *Eum qui inſulam Capuæ [fieri] certo tempore ſtipulatus eſt, eo finito,* quocumque loco *agere poſſe in id quod intereſt, conſtat.* Ut intelligatur Papiniani ſcopus, obiter repetam, arbitrariam actionem in Edicto proponi ex ſtipulatione Epheſi dari, verbi gratia, decem. Inde hæſitatum mea opinione fuit in Fori diſputatione, ubi agere debeat ſtipulatus inſulam Capuæ fieri, finito tempore: id eſt, poſt moram promiſſoris. Nihil de hac ſpecie Prætor. ait vero Papinianus, conſtare, (puta, in Fori diſputatione inter Juriſconſultos) eum qui inſulam Capuæ fieri ſtipulatus ſit, non habere opus actione utili ex ſtipulatu, ſeu arbitraria: ſed poſſe actione directa ex ſtipulatu quæ eſt ſtricti juris, agere (ut in omnibus faciendi obligationibus) ad id quod intereſt, quocumque loco: in quo ſcilicet conveniendus promiſſor foret, non adjecta Capuæ mentione. Sic placuit omnibus; & probavit Papinianus: ſi præſertim quis inſulam fieri ſtipuletur Ca-

puæ, id eſt, adjecto loco certo: eſtque obſervanda hæc adjectio. nam ſi quis inſulam fieri ſtipuletur, non appoſito loco: negat Ulpianus, ſtipulationem valere *l. 2. §. 3. D. h. t.* idemque Marcello viſum *l. 95. D. de verb. oblig.*

Venit igitur arbitraria actio in Edicto ex illa ſtipulatione, Epheſi decem dari: ut dixi ex Ulpiano *d. l. 2. §. 1.* Quid, ſi quis ſit alternative, ſtipulatus, Epheſi aut Capuæ dari; vel Epheſi decem dari, vel Capuæ hominem. an vel hic locus eſt arbitrariæ actioni ex hoc Edicto: adeoque ex ſtipulatu licet experiri detracto altero loco. Hæc quæſtio occurrit apud Ulpianum in *d. l. 2.* ſed quia ex parte in §. 2. ex parte in §. 3. quiſquis adunaverit ſpiritium utriuſque loci, quo uterque olim cohæſit: næ ille ſerviet indagaturo Ulpiani ſenſum. me non pigebit Ulpiani verba hoc modo adſcribere, deleto ſigno §. 3. *Si quis Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari ſtipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo. Scævola lib. 15. Quæſtionum ait, non utique ea quæ tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate: ſed quid debeat, eſſe in ejus arbitrio; an debeat, non eſſe. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe, quod ſolvat, quamdiu ambo vivunt: cæterum ubi alter deceſſit, extingui ejus electionem; ne ſit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum præſtare, quem ſolum habet. Quare & in propoſito eum, qui promiſit Epheſi aut Capuæ, ſi fuerit in ipſius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum; ſic evenire, ut ſit in ipſius arbitrio, an debeat. quare putat poſſe ab eo peti altero loco & ſine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi ſolvat: ſcilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſervare reo optionem.* Summa diſputationis Ulpiani eſt, hunc tractatum non pertinere ad hoc Edictum; ideoque non ex eo, ſed ex ratione & natura perfectarum obligationum, definitionem ſortiri oportere. age diſputationem examinemus. prima verba ſunt: *Si quis Epheſi decem aut Capuæ hominem dari ſtipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo.* Ulpianus hic, quantum conjicio, ponit ſententiam Veterum quorumdam: exiſtimantium, ſtipulanti Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari, non eſſe jus, actione arbitraria experiri, detracto altero loco, ſed debere agere alternative, ſecundum formam ſtipulationis: hac allata cauſa, quod in alternantibus promiſſionibus ſolet tacite agi; ut promiſſoris ſit electio *l. 10. §. ult. D. de jur. dot. l. 95. D. de ſolut.* eamque utilitatem ei actione hac arbitraria auferri non oportere. ſed hanc ſententiam non probat Ulpianus. contra is, intellecto ex Scævola, talem cauſam aliquando fallere, negat hanc valere ad præmunitionem ejus ſententiæ: præſertim juris neceſſitate ejuſmodi ſubtilitatem palam infringente. quo argumento? ait, hanc retinentibus, pendere a voluntate promiſſoris, an debeat: contra naturam obligationis quæ permittit quidem debitoris arbitrio, quid debeat; ſed non æque, an debeat: ipſa nulla futura, niſi habeat neceſſitatem adſtringendi debitoris *l. 8. D. de oblig. & act. l. 17. D. de verb. oblig.* Sic Ulpianus, & ut dixi edoctus a Scævola. Verba Ulpiani: *Scævola lib. 15. Quæſtionum ait, non utique ea quæ tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate; ſed quid debeat, eſſe in ejus arbitrio; an debeat, non eſſe.* Atque hoc quo certius ſit, deinde hujuſmodi confirmat exemplo: *Et ideo eum qui* (ſic recte legit Antonius Auguſtinus *lib. 1. Emend. c. 9.*) *Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe, quid ſolvat, quamdiu ambo vivunt: cæterum ubi alter deceſſit, extingui ejus electionem.* Quamobrem? quia ſumma ratio retinendæ obligationis, hoc juris ſubtilitati manifeſte extorquet. Eam rationem accipe ex his verbis: *Ne ſit in ejus arbitrio, an debeat: dum non vult vivum præſtare, quem ſolum debet.* Sic vides exemplum, & ratione atque firmatum. inde mox ſic ab Ulpiano inferri ad præſentem caſum: *Quare & in propoſito eum qui promiſit Epheſi aut Capuæ, ſi fuerit in ipſius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum.* Eſto: quid poſtea? ait, *Sic evenire* (id eſt, ſic eventurum) *ut ſit in ipſius arbitrio, an debeat.* Quod cum refutet vis & ratio obligationis, ad effectum, ut dixi, reſpicientis: porro ſic de Scævola Ulpianus: *Quare putat poſſe ab eo peti altero loco & ſine loci adjectione:* id eſt, actione directa, non arbitraria. Ipſe autem Ulpianus, *Damus igitur*, inquit, *actori electionem petitionis*, id eſt, jus alibi petendi pure, ſimpliciter, non adjecta loci mentione: quaſi neceſſitas in propoſito actori faciat jus agendi alio loco, ubi non liceat facere aliter. Sæpe ſic Veteres, & recte, neceſſitatem ſubtilitati præferentes. eſtque, exemplum conſimile petere a Marcello *l. 59. §. 1. D. de jur. dot.* nec dubito, quin in præſentia tale indigitet Ulpianus, ſic tandem concludens ſecundum Scævolam: *Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi ſolvat: ſcilicet ante petitionem. proinde mixta* (inquit) *rerum alternatio locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſervare reo optionem.*

A §. 2. & 3. *d. l. 2.* proximus eſt tranſitus ad §. 4. verba hæc ſunt: *Si quis ita ſtipulatur, Epheſi & Capuæ, hoc ait, ut Epheſi partem & Capuæ partem petat.* Florentiæ ſic legitur,

tur, *hoc ait.* malo, *hoc agit:* ut eſt in aliis libris. ſenſus: Qui ita ſtipulatur, Epheſi & Capuæ dabis, ejus propoſitum eſt; ut Epheſi petat partem unam, & Capuæ alteram. & quidem, ſi Epheſi petat unam; hanc recte petet actione directa: ſed ſi utramque illa petet Epheſi; non recte petet: peccaturus contra legem ſtipulationis; dum utilitatem loci promiſſori aufert reſpectu partis quam Capuæ ſolvi oportet. petet igitur, ſi ſapit, alteram Epheſi actione directa, alteram arbitraria. Hoc ita, ſi quis ſit ſtipulatus decem Epheſi & Capuæ dari: ſed non æque, ſi hominem Epheſi & Capuæ dari ſtipuletur. & eſt ratio differentiæ: quod quantitate in ſtipulationem deducta, in ea eſt res dividua; cujus promiſſio facile habet exitum. at re individua, homine, verbi gratia, in eam venientem, exitum non habet. non igitur ſubſiſtit talis ſtipulatio: nam ſi ſtipulor, ut fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio conſiſtit, quam cum ſtipulor, ut detur quod dari non poteſt *l.* 35. *D. de verb. oblig.*

Neſcio, an ab eadem cauſa in *d. l.* 2. §. 6. porro ſic ſcribat Ulpianus: *Qui ita ſtipulatur, Epheſi decem dari, ſi ante diem, quam Epheſum pervenire poſſit, agat* (actione videlicet arbitraria de eo quod certo loco) *perperam ante diem agi.* Ulpianus hanc rationem petit a Juliano: *quia & Julianus putat, diem tacite huic ſtipulationi ineſſe.* Eam Juliani rationem adeo probat Ulpianus; ut deinde ſic ultra ſubjiciat: *Quare verum puto, quod Julianus ait, eum qui Romæ ſtipulatur, hodie Carthagini dabis, inutiliter ſtipulari.* Sic cenſeo, & favet Papinianus *l.* 49. §. 2. *D. de fidejuſſorib.*

Subveni Ulpiano in pleriſque articulis *d. l.* 2. *h. t.* nec deſtituam in §. 7. verba talia ſunt: *Idem Julianus tractat; an is qui Epheſi ſibi aut Titio dari ſtipulatus eſt, ſi alibi Titio ſolvatur, nihilominus poſſit intendere, ſibi dari oportere? Et Julianus ſcribit, liberationem non contigiſſe: atque ideo poſſe peti quod intereſt. Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat, poſſe dici, & ſi mihi alibi ſolvatur, liberationem contigiſſe: quamvis invitus accipere non cogar. plane, ſi non contigit liberatio, dicendum ait, ſupereſſe petitionem integræ ſummæ; quemadmodum ſi quis inſulam alibi feciſſet, quam ubi promiſerat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur ſummæ ſolutio diſtare a fabrica inſulæ: & ideo quod intereſt, ſolum petendum.* Ecce: Sempronius Epheſi ſibi aut Titio dari ſtipulatus eſt. ex ea ſtipulatione debetur Sempronio; nam ei adquiſita eſt obligatio & actio. Titio nihil debetur: quia eſt tantum adjectus ſolutionis gratia. ita non poteſt Titius petere: ſed poteſt ei ſolvi, etiam invito creditore: ſi præſertim ei ſolvatur ex lege ſtipulationis. id vero in propoſito non eſt factum: convenerat enim, ut ei ſolveretur Epheſi. quo caſu ipſo jure eſſet ſublata ex ſtipulatu actio. at hic alibi facta eſt ſolutio. putat igitur Julianus, ipſo jure perſeverare utilem ex ſtipulatu actionem; etſi poſſit tolli per exceptionem: ideoque non eſſe cauſam; ne petatur id quod intereſt, Epheſi ſolutum eſſe: nec obſtare; quod ſumma ſtipulatione promiſſa, cum effectu peti nequeat: quia utique, actione ipſa ſubſiſtente, ſubſiſtit officium Judicis: facturi æſtimationem ejus quod intereſt. Hoc Juliano viſum. An & Marcello? negat Ulpianus verbis ſequentibus: *Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat; poſſe dici, & ſi mihi alibi ſolvatur, liberationem contigiſſe, quamvis invitus accipere non cogar.* Obſcura ſunt verba: ſed videamus; ne indigitent, Julianum a Marcello notari, id eſt, reprehendi; ejuſque reprehenſionis eſſe ſenſum, debitorem quidem Sempronio creditori ipſi volenti ſolventem alibi, quam ubi debuit, a Sempronio liberari: ſed Titio ſolventem alibi quam debet, a Sempronio non liberari, neque ipſo jure, neque ope exceptionis: non facta ſolutione ex lege ſtipulationis. quare inde infert Marcellus: *Plane ſi non contingit liberatio, ſupereſſe petitionem integræ ſummæ.* Senſus: Si ſolutione Titio alibi facta, non contigit debitori liberatio: ſupereſt petitio integræ ſummæ, hoc eſt, non tantum ejus quod intereſt officio Judicis, ſed præterea ipſius ſummæ, ſtipulatione promiſſæ. Et hoc confirmat ſequente ſimilitudine: *Quemadmodum ſi quis inſulam alibi feciſſet, quam ubi promiſſerat, in nihilum liberaretur.* Tenes ſenſum Notæ Marcelli ad Julianum. ſed hanc refutat Ulpianus hiſce verbis: *Sed mihi videtur ſummæ ſolutio diſtare a fabrica inſulæ; & ideo quod intereſt ſolum petendum.*

Vidimus, quando Prætor locum faciat arbitrariæ actioni. nunc eſt de officio Judicis hujus actionis loquendum. id in Edicto his expreſſi verbis: *Actionem dabo, ut quanti ea res erit, tanti arbitrio Judicis æſtimetur.* Et dedi argumentum: quod hæc actio in *l.* 2. & paſſim vocatur *arbitraria.* addidi, quod ex verbis, *Quanti ea res erit,* Ulpianus in *d. l.* 2. §. 8. arripuit occaſionem quærendi, debeatne Judex ſervire quantitati contractus, an vel excedere, vel minuere, quantitatem debeat. non reſpondet quidem Ulpianus, quantum apparet, ad quæſtionem: ſed, quod eſt frequens Veteribus, reſponſionem quæſtione ipſa complectitur. vult igitur; ut ſi interfuiſſet rei, potius Epheſi ſolvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur; licet alioquin ſervientibus proprietati formulæ, hac vera rei æſtimatio continetur *l.* 179. & *l.* 193. *D. de verb. ſignif.* Cæterum ait Gajus *l.* 3. *D. h. t.* hanc actionem ideo referri in arbitrium Judicis: quia ſcimus, quam varia ſint pretia rerum per ſingulas civitates regioneſque: maxime vini, olei, frumenti. pecuniarum quoque licet videatur una & eadem poteſtas ubique eſſe, tamen aliis locis facilius & levibus uſuris inveniuntur, aliis dif-

difficilius & gravibus uſuris. Proſpexit igitur Prætor, ne reo intercipiatur loci utilitas: actori Prætor non proſpexit, quatenus attinet ad Edicti verba: eodemque modo etiam de reo ſolo loquitur Imperator §. 33. *Inſt. de actionib.* Ulpianus tamen *l. 2. D. h. t.* teſtatur, arbitrariam actionem continere utriuſque utilitatem, tam actoris, quam rei. Sed ego hoc, niſi intercedat quis doctior, accipiam ſecundum Prætoris mentem: cum verba tantum attingant perſonam rei. nec dubito, quin in *d. l. 2. §. 8.* huc evadant ſequentia Ulpiani verba: *Julianus Labeonis opinionem ſequutus, etiam actoris habet rationem: cujus interdum potuit intereſſe Epheſi recipere. itaque utilitas quoque quoque actoris veniet.* Et ſunt hæc exempla: *Si pecuniam trajectitiam dederit, Epheſi recepturus, ubi ſub pœna debebat pecuniam, vel ſub pignoribus, & diſtracta pignora ſunt, vel pœna commiſſa mora tua, vel fiſco aliquid debebatur, & res ſtipulatoris viliſſimo diſtracta eſt.* Et ex his mox ſic concludit: *In hanc igitur arbitrariam quod interfuit, veniet, & quidem ultra legitimum modum uſurarum:* id eſt, ultra centeſimas uſuras: quæ uſuræ legitimæ dicebantur. Poterat his aliquam injicere moram: quod id quod intereſt, pecunia debita, ne in negotiatore quidem, egreditur uſuras legitimas *l. 19. D. de peric. & commod. rei vend. l. 70. §. 1. D. de legat. lib. 2.* Sed in propoſito ſpeciale jus eſſe, pridem oſtendi *lib. 2. De fænor. & uſur. c. 6.* Ut ut erit hæc quæ dixi, fere obtinent; ſi alio agatur loco, quam Epheſi, ubi debetur. at ſi Epheſi agatur, Ulpianus in *l. 4. D. h. t.* (quæ, ut Inſcriptio indicat, debet conjungi cum fine *d. §. 8. l. 2.*) ſic ſcribit: *Quod ſi Epheſi petetur, ipſa ſola ſumma petetur, nec amplius quid: niſi ſi quid eſſet ſtipulatus, vel ſi temporis utilitas intervenerit.* Verum hoc quoque quid velit, expoſui *d. c. 6.* Ne illud quidem prætermittere ſuſtinuit Ulpianus *d. l. 4. §. 1.* quod interdum debet Judex, ex hac actione cognoſcens, cum ſit arbitraria, reum abſolvere. quo modo? cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt. nec exemplis abſtinet: ea exempla ſunt: Quid enim, ſi ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſolvenda? nonne debebit interdum abſolvere? ſenſus eſt, Judicem debere interdum abſolvere: incluſa interrogationi reſponſione: ut ſæpe. Quid ergo eſt? Ulpianus in ſumma, inquit, æquitatem ante oculos habere debet Judex qui huic actioni addictus eſt.

Satis de æquitate, Judicis arbitrio actori & reo exhibenda cum ex Edicti verbis, tum ex ejus ſententia: niſi e re fuerit, adhuc inquiri, quid præ ſe ferat Ulpianus *l. pen. D. h. t.* verbis ſequentibus: *Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promiſit, ſolvere invito ſtipulatore poteſt.* Item quid affectet Venulejus *l. 137. §. 2. D. de verb. oblig.* ſic ſcribens: *Eoque tranſacto, quamvis Romæ remanſerit, nec poſſit Epheſi pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipſum ſteterit, quo minus Epheſi daret; vel quoniam per alium Epheſi poſſit dari; vel quia ubique poteſt ſolvere.* Aliquis putet, hæc pugnare: ſed non pugnant; & verus eſt uterque locus: aptatus, ut oportet, ſuperioribus. ſane quid vetat admitti, quod ait Ulpianus, eum qui certo loco promiſit, non poſſe invito ſtipulatore ſolvere alio loco, quam in quo promiſit, niſi ſit paratus, utilitatem loci contrahendo definiti ſolvere præter ſortem. nam huc evadere ejus doctrinam, in ſuperioribus apparuit. Nec alio pergere Venulejum, exiſtimandum eſt. nam ut dicat, eum qui pecuniam certo loco promiſit, poſſe ubique ſolvere: tamen id demum tenet, oblata creditori ſimul pecunia debita, ſimul eo quod ejus intereſt eam eſſe loco placito ſolutam. Sic conſtat utrique & Ulpiano & Venulejo ratio: & accipiendum hoc quoque modo eſt a Juliano dictum in *l. 16. §. 1. D. de fidejuſſorib.*

Expoſui Judicis officium inter ſtipulatorem & promiſſorem, inter quos locum habet ex ſtipulatu actio utilis ſive arbitraria, ſi quando agatur alio loco, facta mentione ejus quo debetur. Proxima conſultatio erit; an id pertingat quoque ad fidejuſſorem qui pro promiſſore intervenit. cauſam quærendi dedit ſpecies ex Africano ſequens in *l. 8. D. h. t.* Tu centum Capuæ dari ſtipulatus, fidejuſſorem accepiſti. debitor in mora eſt. jus eſt tibi, adverſus eum alibi, quam Capuæ, agere actione arbitraria ad centum; eritque Judicis æſtimatio, quanti tua interſit, eam ſummam Capuæ eſſe ſolutam. Idem: ſi fidejuſſor interpellatus, ut ſolvat Capuæ, eſt in mora: nam vel ille ſic tenetur hac actione tam ad id quod intereſt creditoris, Capuæ ſolutum eſſe, quam ad ipſam ſortem. Illud quæſitum: quatenus teneatur fidejuſſor, mora non a ſe, ſed a reo princípali, admiſſa. pone: reus interpellatus, ut ſolvat Capuæ, non ſolvit, etſi poſſet. creditor, electo fidejuſſore, quod ei licebat, ante inventum a Juſtiniano ordinis beneficium, illum convenit arbitraria actione de eo quod certo loco: poteſtne Judex eum condemnare ad promiſſam ſortem tantum; an etiam ad id quod præterea creditoris intereſt, eam Capuæ ſolutam eſſe? forte dices, moram rei principalis nocere fidejuſſori *l. 88. D. de verb. oblig. l. 24. §. 1. D. de uſuris.* nec poteſt negari, ſi quis promiſſo ſervo, dedit fidejuſſorem, & ſervus deceſſit poſt moram rei principalis, tam fidejuſſoris, quam rei obligationem durare ad æſtimationem ſervi: qui mortuus, ipſe jam præſtari nequit. *l. 58. §. 1. D. de fidejuſſorib.* Sed commode animadvertit Africanus, in præſentia non verti: an fidejuſſor, propter moram debitoris, teneatur principali obligatione: ſed an ultra eam teneatur ad id quod actoris præterea intereſt.

hoc

hoc vero negat: arbitratus, fidejuſſoris obligationem, propter ipſius quidem moram augeri; ſed non propter moram rei principalis: conſequenter effici mora rei, ut ipſe ultra ſortem officio Judicis damnetur ad id quod actoris intereſt, eam Capuæ ſolutam eſſe: ſed non æque effici, ut fidejuſſor ad id quod intereſt damnetur ultra ſortem. Videlicet ſors eſt ſtipulatione promiſſa: at hoc quod intereſt, propter moram rei, promiſſum non eſt. non igitur eſt debitum principali obligatione: nec magis fidejuſſoria: certo, quod fidejuſſor ſe non obligavit ultra quam tenetur reus principalis. Ne longe petenda eſſet hæc diſtinctio; curarunt quæ adſcripſi Africani verba: *Nec oportebit, quod forte per reum ſteterit, quo minus tota centum Capuæ ſolverentur, obligationem fidejuſſoris augeri.* Atqui ſi quis centum, & uſuras ex mora ſtipulatur: conſtat, mora a reo principali admiſſa, non modo eum, ſed fidejuſſorem quoque, ad uſuras obligari. teneatur igitur hoc exemplo fidejuſſor non modo ad ſortem ſtipulatione promiſſam, ſed etiam ad id quod ſtipulatoris poſtea cœperit intereſſe. Hunc ſcrupulum qui ex tranſverſo poterat injici, Africanus ſolvit his verbis: *Neque enim hæc cauſa recte comparabitur obligationi uſurarum. ibi enim duæ ſtipulationes ſunt, hic autem una pecuniæ [creditæ] eſt: circa cujus executionem æſtimationis ratio arbitrio Judicis committitur.* Senſus eſt, hanc objectionem, ut eſt a diſſimilibus facta, nullam habere veri conſequentiam. Ain' tu? age, experiamur. Ubi quis fidejuſſorem accipit, ſortem & uſuras ſtipulatus: duæ ſunt ſtipulationes: una ſortis, altera uſurarum: nec abs re eſt, fidejuſſorem tam ad uſuras, quam ad ſortem, obligatum intelligi: cum uſuræ æque ſint in obligatione pro qua interceſſit fidejuſſor, ac ſors principalis. Hoc igitur modo non augetur fidejuſſoris obligatio ex mora rei: quia cum contraheretur ſtipulatio, uſuræ ea promiſſæ jam tum obligatione comprehendebantur. aliud vero eſt in præſente caſu: in quo eſt una tantum obligatio pecuniæ creditæ: circa cujus executionem æſtimatio ejus quod intereſt, ante non debita jure obligationis, magis extrinſecus Prætoris benignitate poſtea adjecta, fidejuſſori nocere non debet. Eſt igitur una ſors in obligatione, eaque poſt moram rei principalis non minus a fidejuſſore, quam ab illo debita: ſed id quod præterea intereſt creditoris, in obligatione non eſt; contra ſoris accedit officio Judicis ex poſtfacto; ideoque a fidejuſſore ſolvi nihil attinet: ne acceſſoria obligatio, citra ejus voluntatem, ex rei mora augeatur. Satis evidens erat hæc differentia. ſed nihilominus viſum Africano, eam firmare novo argumento. id argumentum eſt: quod ſi pars pecuniæ debitæ creditori ſoluta ſit poſt moram; & ab eo reliqua petatur: jam non tale eſſe debet Judicis officium; ut æſtimet utilitatem totius debiti Capuæ non ſoluti: quia partis ſolutæ ſublata eſt obligatio, & actio: ſed quanti actoris interſit, eam dumtaxat ſummam quæ petatur, Capuæ ſolutam eſſe: quia quatenus actio eſt, hactenus Judicis officium eſt; ultra non eſt. His ſolet objici *l.* 54. *D. Locati*. Sed fruſtra: nam ſuperior diſputatio obtinet, cum fidejuſſor ſimpliciter intervenit: id eſt, in id ſolum quod debebat reus principalis; cum hoc fide ſua eſſe juberet fidejuſſor. ſed in *d. l.* 54. non eſt is caſus. contra proponitur ibi aliquis fidejuſſiſſe in omnem cauſam: quo caſu rationis eſt, eum agnoſcere omnia illi cauſæ conſequentia: tamquam ſi ita fidejuſſiſſet, in quantum illum condemnari oportet, tantum fide mea eſſe jubeo.

Niſi moleſta erit longior interpretatio, Africano in *d. l.* 8. ſubjiciam intellectum Pauli in *l. ult. h. t.* ſed non eſt longior, profutura vicinitate materiæ. Thema tale. Aliquis ſtipulatus eſt, centum ſibi dari Capuæ. mora a reo facta: volebat ſtipulator eum convenire actione arbitraria de eo quod certo loco. reus, dato fidejuſſore ejus actionis nomine, a ſtipulatore impetravit, ut litem pro tempore omitteret. quæritur, quatenus teneatur fidejuſſor, acceptus ejus actionis nomine. hæc eſt formula fidejuſſionis: qua ſine dubio promiſit, ſe ſoluturum id quod in eam actionem venit, ſive quod ex ea debetur. Quamquam nec hoc eſt ſine ambiguitate. nam ſi agetur adverſus reum principalem; condemnabitur non modo ad ſummam in ſtipulationem deductam: ſed præterea ad omne id quod actoris intereſt, ipſi Capuæ ſolutum eſſe. poſſit igitur in præſentiarum fidejuſſor acceptus ejus actionis nomine, eodem modo obligatus videri: id eſt, non modo ad ſummam centum, ſed præterea ad omne quod actoris intereſt. tenes quæſtionem. quid Paulus? ait, *Si poſt moram factam, quo minus Capuæ ſolveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejuſſor acceptus ſit* ejus actionis nomine: *videamus, ne ea pecunia quæ ex ſententia Judicis accedere poteſt, non debeatur, nec ſit in obligatione; adeo ut nunc quoque ſorte ſoluta, vel ſi Capuæ petatur, arbitrium Judicis ceſſet.* Pauli ſenſus eſt, fidejuſſorem tantum eſſe damnandum ad ſolutionem ejus quod ſit in obligatione: nam hoc demum deberi, ideoque ſolum venire in actionem, cujus nomine fidejuſſit. id intelligi ex eo, quod in obligatione tantum eſt pecunia in ſtipulationem deducta. hoc vero quod ei accedit ex ſententia Judicis, non fuit ſtipulatione rogatum aut promiſſum: ſed ei officio Judicis ex poſtfacto demum extrinſecus accedit; cum non eſſet in obligatione & actione. Ne hoc quidem ſine pignore credi vult Paulus: ergo id duobus firmat argumentis. unum eſt, quod ſi in propoſito id quod intereſt debetur jure obligationis, adhuc poſſet peti, ſoluta pecunia in ſtipulationem deducta: quia deinde adhuc ſupereſſet ejus obliga-

ligatio & actio. nunc contra per ſolutionem ſublata actione, ſimul ſublatum eſt officium Judicis; ideoque nulla actione peti poteſt: imo ne debetur quidem, cum non ſit officio Judicis adjudicatum. Alterum argumentum eſt: quod creditor, ſi in propoſito agat Capuæ, agit directa actione quæ eſt ſtricti juris: in eaque ut ceſſat arbitrium Judicis; ita nec habetur ratio ejus quod actoris intereſt Capuæ ſolutum eſſe. Aliquis dicat, inquit Paulus, Si judex centum & viginti condemnare debuerit; centum ſolutis ex univerſitate, id eſt, ex univerſo debito, tam ex ſorte, quam ex pœna, (ſic appellat id quod intereſt ex perſona debitoris: ut ſæpius fit) tam ex ſorte, quam ex pœna ſolutum videri: ita ſupereſſe petitionem ejus quod excedit ſortem, & accedere pœnam pro eadem quantitate. Sed hoc vanum Paulo videtur: primum, (ſic puto) quia ex Pauli ſententia nihil debetur ejus quod intereſt nomine: deinde, quia creditor, pecuniam accipiendo, pœnam remiſiſſe intelligitur.

TITULUS V.

De conſtituta pecunia.

In Rubrica, *De conſtituta pecunia*, conſtitui dicitur pecunia: cum quis nudo pacto promittit, ſe ſoluturum quod vel ipſe vel alius debet. ea autem pecunia petitur actione conſtitutoria. ſic vocatur actio in *l.* 20. *h. t.* alias dicitur actio de conſtitutæ pecunia. de eaque propoſitum a Prætore fuiſſe Edictum, auctor eſt Juſtinianus §. 8. *Inſt. de actionib.* & ſparſim extant ejus Fragmenta *l.* 1. §. 1. *l.* 16. §. 2. & *l.* 18. §. 1. *h. t.* Me ſuaſore ſic reſtitues. *Si appareat, eum qui pecuniam conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quo minus fieret quod conſtitutum eſt, eamque pecuniam, cum conſtituebatur, debitam fuiſſe, judicium dabo.* Ex hoc Edicto apparet, conſtituta ex conſenſu facta, a Prætore cuſtodiri, etſi nulla intervenerit ſtipulatio §. 9. *Inſt. de actionibus.* puto, arrepta occaſione a recepto ab argentariis certa forma. in hoc recepto cum civilis obtineſet æquitas: placuit Prætori, pro ſua humanitate, favere naturali æquitati, & hac qualiacumque conſtituta ſine diſcrimine tueri. hoc vult Ulpianus *l.* 1. *pr. h. t.* & addit, Prætorem arbitrari, grave eſſe, fidem fallere: id eſt, grave eſſe, fallere in propoſito fidem, agnito per conſtitutum debito. utique (quod obſervat Theophilus ad *d.* §. 9.) non potuit debiti jam agniti ſolutio promiſſa, licet pacto nudo, negligi, niſi turpiter. Hac ratione fuit etiam dubitatum a Veteribus, quamvis contrarium obtinuerit; an Prætor hic pœnam proponeret adverſus eum, qui conſtitutum ſua die non ſolvit, quaſi deliquerit: ut apparet ex *l.* 18. §. 2. *h. t.*

Nunc ad Edictum veniam: primum dicturus, quinam teneantur de conſtituta pecunia; tum quibus detur hæc actio; dehinc ad quid, & quando. prima cura erit, quinam hac actione teneantur. Ait Prætor, *Qui pecuniam debitam conſtituit.* Verbum, *Qui*, tam fœminam, quam marem, complectitur: quia pronunciatio ſermonis in ſexu maſculino plerumque ad utrumque ſexum porrigitur *l.* 195. *D. de verb. ſignif.* Igitur *Qui* ſic accipiendum eſt, *Quæve*: verumque eſt, etiam mulieres de conſtituto teneri: maxime, ſi pro ſe conſtituant. nam ſi pro alio conſtituant; eſt ſpecies interceſſionis *l.* 1. §. 1. *h. t.* quæ mulieribus Senatuſconſulto Vellejano prohibetur. Atqui vel hanc patitur latitudo Edicti. Niſi oportet eam cedere rationi; ut careat abſurditate, nec in aliam juris partem impingat. Similis obſervatio eſt circa pupillum: nam de eo quoque nihil eſt expreſſum. interim prohibetur ille regulis juris ſine tutoris auctoritate contrahere: & his conſequenter negat Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. cum ſine tutoris auctoritate conſtituendo obligari. Quid, ſi filiusfamilias conſtituat? jam valet conſtitutum; eoque & filius & pater de conſtituto tenetur: ſcilicet, quia filiusfamilias ex omnibus cauſis, tamquam paterfamilias, jure civili in ſolidum obligatur *l.* 39. *D. de oblig. & act.* pater autem ex contractu filii cui peculium dedit, jure Prætorio tenetur, quatenus eſt in peculio *d. l.* 1. §. 3. *h. t.*

Porro, cum ait Prætor, *pecuniam*; aliter accipiendum eſt pecuniæ verbum, quam eſt acceptum a Juſtiniano. nam Prætor eo verbo ſolam notabat rem pondere, numero, aut menſura, conſtantem, ſive eſſet numerata pecunia, ſive alia quantitas. ſed Juſtinianus pecuniæ appellationem porrexit ad omnes res quæ ſint in patrimonio: ſive ſint quantitates, ſive ſint corpora, mobilia, immobilia, vel ſeſe moventia *l.* 2. *C. h. t.*

At non fuit contentus Prætor, pecuniam dixiſſe. plus deſiderat, *debitam* fuiſſe, quæ conſtituitur. Non vult, debitam manere, poſtquam conſtituta eſt: ſed ei ſufficit, tum cum conſtituebatur, fuiſſe debitam *l.* 18. §. 1. *h. t.* eſtque id verum, etiamſi nullus appareat, qui interim debeat. Sic in *l.* 11. *h. t.* Ulpianus: & hoc ponit exemplum: ut puta, ſi quis ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hoſtibus, conſtituat ſe ſoluturum. ac præfatus, & Pomponio videri, valere conſtitutum: quoniam debita pecunia conſtituta eſt *l.* 11. *D. h. t.* Quid, ſi plus conſtituatur, quam debetur? finge: (quod eſt exemplum *d. l.* 11. §. 1.) aliquis debens centum aureos, conſtituit ducentos.

ait

ait Ulpianus, eum in centum tantummodo teneri: quia ea pecunia debita eſt: ultra non eſt. indeque concludit; quod ergo & is qui ſortem conſtituit cum uſuris quæ non debebantur, in ſortem dumtaxat tenebitur. Similiter, ſi decem debeantur, & (debitor) decem & Stichum conſtituat: ait Paulus, eum decem tantummodo nomine teneri *l.* 12. *D. h. t.* Ita, ſi debitor conſtituat plus, quam ipſe debet: nam de tali caſu adducti loquuntur loci. Non idem eſt; ſi quis pro alio plus conſtituat, quam ille debeat. nam illud commune eſt in univerſis qui pro aliis obligantur: quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti; placuit, eos omnino non obligari: id eſt, ne ad ſummam quidem concurrentem. In leviorem plane cauſam accipi poſſunt. ſic Ulpianus *l.* 8. §. 7. *D. de fidejuſſorib.* & ei convenienter Paulus *l.* 13. *D h. t.* Ut igitur valeat conſtitutum, vult Prætor, pecuniam quæ conſtituitur, eſſe debitam. Quid, ſi aliud conſtituatur, quam quod debetur? Secundum Edicti verba non valebit conſtitutum: quia quod conſtituitur, non debetur. ait autem Prætor, Qui pecuniam debitam conſtituit. Patitur tamen Ulpianus, aliud pro alio conſtitui. ac movet eum; quod jam placet, volenti aliud pro alio poſſe ſolvi. conſtitutum vero non ad debiti promiſſionem ſpectat: ſed ad debiti ſolutionem. qui enim pecuniam conſtituit, non promiſſione primum inducit debitum; ſed promittit ſolvere ante debitum. igitur hoc utimur jure, ut quemadmodum poteſt volenti aliud pro alio ſolvi; ſic poſſit volenti aliud pro alio conſtitui. Similis dubitatio fuit in *l.* 14. §. 1. *D. d. t.* ſi quis conſtituerit, ſe daturum pignus, an probetur conſtitutum? non enim convenit Edicti verbis: dicentis, qui pecuniam debitam conſtituit. & pignus debitæ pecuniæ differt a pecunia debita. admittit tamen Ulpianus conſtitutum, poſtquam utilitas pignorum irrepſit. ſignificat autem, poſtquam Edicto Prætoris eſt receptus uſus pignorum; rationis eſſe, ut recipiatur quoque conſtitutum pignorum. optime: ex quo enim placuit, aliud pro alio conſtitui, quia obtinuit, aliud pro alio ſolvi; cur non æque conſtituatur pignus: id eſt, acceſſio rei principalis, veluti pars atque appendix, præſtitura ſolutionis ſecuritatem. Simile jus eſt: ſi quis conſtituerit, certam perſonam pro ſe fidejuſſuram *d. l.* 14. §. 2.

Igitur requirit Prætor *Debitum:* ſed qua ex cauſa? non addit. quin ſimpliciter ait, *Qui pecuniam debitam conſtituit.* poteſt igitur pecunia conſtitui quacumque ex cauſa debita; id eſt, ex quocumque contractu, ſive certo, ſive incerto *l.* 1. §. 6. *D. h. t.* id eſt, nominato, aut innominato. Similiter, ſi quaſi ex contractu debeatur, ex tutela, verbi gratia, dubium non eſt, quin hoc quoque conſtitui poſſit *d.* §. 6. idem dicit Paulus, ſi ex delicto debeatur: ut injuria, furto, rapina *l.* 29. *d. t.*

Sicut non refert Prætoris, qua ex cauſa debeatur quod conſtituitur: ita nec refert, quo jure debeatur: utrum civili & naturali ſimul, an naturali tantum. etſi enim proprie debitum putetur, civiliter & naturaliter debitum: quia id demum poteſt peti; naturaliter autem debitum non poteſt exigi, eoque ſæpe a debito ſeparatur: ait tamen Ulpianus *l.* 1. §. 7. *h. t.* in conſtituto debitum vel natura ſufficere. nempe, quia Prætor favet naturali æquitati; & debet ſibi imputare qui conſtituit natura debitum. Multo magis poteſt conſtitui, quod Prætorio jure debetur, etſi non utique jure civili debeatur; nam hoc jure honorario etiam peti poteſt. ideoque & pater & dominus de peculio obſtricti, ſi conſtituerint, tenebuntur: utique uſque ad quantitatem quæ tunc, cum conſtituebatur, in peculio fuit. idemque eſt: ſi plus ſuo nomine conſtituit pater, nam ne ſic quidem tenebitur in id quod plus eſt *l.* 1. § *ult. D. h. t.* quod ſi filii nomine conſtituerit, ſe decem ſoluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de conſtituto in decem tenebitur *l.* 2. *d. t.* Vice verſa, ſi quis conſtituerit quod jure civili debebat, jure Prætorio non debebat, id eſt, per exceptionem, quæritur, an vel hic de conſtituto teneatur? Dubitatio vertitur: quod vel id debitum parit actionem, & peti poteſt. Sed Ulpianus *l.* 3. §. 1. *h. t.* ait, eſſe verum, & Pomponium ſcribere, eum non teneri: præfatus, juribus debitam non eſſe pecuniam quæ conſtituta eſt: puto, quia reſpicientibus ad exitum oppoſitæ exceptionis, pecunia neutro jure debetur, neque civili, neque naturali.

Occurrit hic & alia inſpectio, quid obſervandum ſit: ſi quidem debeatur & civiliter & naturaliter, verum in diem. non enim exigi poteſt ſic debitum, quamdiu non venit dies. interim ceſſit dies, & jam debetur. tenere igitur conſtitutum, ait Labeo apud Ulpianum *l.* 3. §. 2. *h. t.* & adjicit, vel propter has pecunias quæ nondum peti poſſunt, inducta potiſſimum eſſe conſtituta: & confitetur Ulpianus, non invitum ſe probare hanc ſententiam: habere enim utilitatem, ut ex die obligatus, conſtituendo ſe eadem die ſoluturum teneatur. imo putat Paulus, & ſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum, ſimiliter teneri *l.* 4. *d. t.*

Poſtremo non intereſt, a quo aut cui debeatur pecunia. quod enim exigitur, ut debita conſtituatur, in rem exigi, Ulpianus obſervat *l.* 5. §. 2. *D. h. t.* ait autem, *in rem* pro generaliter & ſine perſonæ expreſſione: ut alibi demonſtratum.

Porro ait Prætor, *Conſtituit.* Hoc autem verbum, ut Nonius docet, inter cætera ſignificat firmare & retinere id quod minus firmum ſit. Inde poteſt videri conſtituere pe-

cuniam debitam, qui agnoſcit priorem obligationem, eamque firmat, ac retinet, ejus ſolutionem promittens certa die. Nec male Ulpianus *l.* 1. §. 4. *h. t.* dicens, eum qui inutiliter ſtipulatus eſt, cum ſtipulari voluerit, non conſtitui ſibi, non poſſe de conſtituto experiri: quoniam non animo conſtituentis, ſed promittentis, factum ſit. Ita eſt: qui conſtituit, non inducit obligationem quæ ante non fuit; ſed præcedentem ſequente conventione firmat ac retinet. id facit, cum prius debitum adgnoſcit, & ſe id ſoluturum pollicetur. agnito enim debito quid reſtat: niſi, ut ſolvatur, aut ſolutioni ponatur tempus palam aut tacite? ac vel hoc conſtituti verbo indigitatur. ſane præſenti tempori opponitur conſtitutum. alterum adeſt, & jam venit. alterum nondum venit, ſed futurum exſpectatur. Auctor Quintilianus, *Declam.* 280. his verbis: *Omnium vel pœnarum vel præmiorum tempus aut conſtitutum aut præſens eſt.* Nec aliter Cicero, Ad Marium *lib.* 7. *Epiſt.* 3. *Quare*, inquit, *ſi quod conſtitutum cum podagra habes, fac in alium diem differas.* Vult igitur Prætor, ut ſit actioni conſtitutoriæ locus, conſtitutam eſſe pecuniam debitam. Sed quo modo? nudo conſenſu. nam ſi ſtipulatione egeret conſtitutum: quid opus erat Edicto, cum ſufficeret ex ſtipulatu actio §. 9. *Inſt. de actionib.* Accedit, quod ſimpliciter ait Prætor, *Conſtituit:* nec ſolemnium meminit. favet igitur naturali æquitati, nudo conſenſu contentæ. Illud non omiſero: quod Prætor non dicit, *ſtatuit:* ſed *conſtituit.* deſiderat igitur conſenſum duorum, id eſt, conſtituentis, & ejus cui conſtituitur: perinde ut in cæteris conventionibus non unius, ſed duorum, conſenſum intervenire oportet. Hoc certum; ubi quis pro ſe conſtituit. at pone, alium pro alio conſtituere: an dicimus, etiam debitorem conſentire oportere? mihi non placet. & movet me; quod conſtituens neque debitorem obligat, neque cum ipſo contrahit: tantum ſe obligat ei cui conſtituit pro debitore. ſufficit igitur duorum conſenſus: debitoris ſupervacuus eſt. quippe cum liceat unicuique, alterius cauſam ſolvendo facere meliorem. Id adeo verum eſt: ut Ulpianus *l.* 27. *D. h. t.* ex ſententia Pomponii dicat, non modo pro ignorante, ſed pro invito quoque, conſtitui poſſe: indeque inferat porro, falſam eſſe opinionem Labeonis: exiſtimantis, *Si poſtquam qui conſtituit pro alio, dominus* (Antonius Faber *lib.* 15. *Conject. c.* 4. pro *dominus* recte legit, *debitor:* quod & ſequentia indicant) *ei denunciat, ne ſolvat, in factum actionem dandam.* Et ſubjicit Ulpianus, id a Pomponio, *non immerito* dici: ſic præfatus, *Nam cum ſemel ſit obligatus qui conſtituit, factum debitoris non debere eum excuſare.*

Fit igitur conſtitutum nudo conſenſu, ſicut pactum. utrum inter præſentes tantum, an inter abſentes quoque? Ulpianus *l.* 14. §. *ult. D. h. t.* conſtituere, inquit, & abſentes & præſentes poſſe, ſicut paciſci. inter abſentes poteſt fieri per epiſtolam vel per nuncium: quia & paciſci abſentes poſſunt per epiſtolam vel nuncium *l.* 2. *D. de pactis.* primum poteſt conſtitui per epiſtolam *l.* 24. *D. h. t.* amplius poteſt inter abſentes etiam conſtitui per nuncium, etſi hominem liberum. nempe, quia nuncius verba conferens in perſonam domini, & ejus voluntatem alteri ſuo miniſterio denuncians, præbet vicem epiſtolæ *l.* 15. *D. h. t.* aliter ac procurator. nam is obligationem ſibi adquirit: mihi non adquirit. ita ipſe poteſt ex ſua conventione experiri: ego non poſſum; niſi ceſſis & mandatis actionibus: quæ ante in ejus perſona conſtiterunt *l.* 5. §. 5. *&* 6. *d. t.* Hoc in procuratore. Idem in tutore, in curatore furioſi, aut actore municipum: nam his conſtitui poteſt *d. l.* 5. §. 7. Et tamen ſi actori municipum vel tutori vel curatori furioſi vel adoleſcentis, ita conſtituatur, municipibus vel pupillo, vel furioſo vel adoleſcenti ſolvi, ſtricto jure non valet conſtitutum: manifeſto, quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu trahunt originem, niſi ex noſtra perſona ſumant obligationis initium, inanem actum noſtrum efficere: & ideo contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, minime poſſe *l.* 11. *D. de oblig. & act.* igitur ſi actori municipum vel tutori pupilli vel curatori adoleſcentis ita conſtituatur, municipibus vel furioſo vel adoleſcenti vel pupillo ſolvi, non dabitur his directa actio de conſtituta pecunia: ſed utilitatis gratia actio utilis *d. l.* 5. §. 8. *d. t.*

Poſtremo docet Ulpianus *d. l.* 14. §. *ult. d. t.* quibuſcumque verbis conſtitui: modo ſint idonea ad demonſtrandum conſtituendi animum. Ita refert, utrum promittatur dari, an conſtituatur ſolvi; ut ex Ulpiano *l.* 1. §. 4. *h. t.* in anteceſſum annotavi. Cæterum etſi idonea verba deſideret conſtitutum: non ob id opus eſt dici, *conſtituo:* ſed, ut dixi, ſufficit aliud qualecumque verbum ei ſini aptum. id indicat ſequens formula conſtituti per epiſtolam in *l.* 5. §. 3. *d. t.* Scripſi ſecundum mandatum Seji, ſi quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum & ſoluturum ſine controverſia. Item *l.* 24. Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos. Et in *l.* 26. Decem quæ Lucius Titius ex arca tua acceperat, ſalva ratione uſurarum, habes apud me, Domine. Similiter valet conſtitutum, ſi quis dicat, Satisfaciam tibi pro eo debito. item, Satisfiet tibi a me. quid, ſi imperſonaliter dicat, Satisfiet? eum teneri, Juſtinianus negat *Auth. Si quando C. h. t.*

Neſcio an addam hactenus dictis de forma & modo conſtituendi, nihil vetare, quo minus in diem fiat conſtitutum: nam & pactum in

in diem fieri conſtat. præterea evici ſupra, hujus verbi poteſtate contineri; ut qui pecuniam debitam conſtituit, ejus ſolutionem in diem polliceri intelligatur. quid, ſi dies etiam ſolet conſtituti formulis inſeri? exempla præſens Titulus habet complura. Illa difficilior fuit quæſtio, ipſa moleſta Veteribus, (ut in *l. 2. C. h. t.* refert Juſtinianus) an valeat conſtitutum pure factum ſine die? Et quod ad Edicti verba attinet, nil refert, utrum pure, an in diem conſtituatur: late enim patent Edicti verba. adhæc poteſt pactum cui aſſimilatur conſtitutum, tam pure, quam in diem, fieri. Sed hæret Paulus *l. 21. §. 1. D. h. t.* confirmans, dici poſſe, te non teneri. nec ſine ratione; nam ſi pure conſtituatur ſine die; poſſet cum conſtituente agi ſtatim. at huc non ſpectat conſtitutum; ſed ut in diem differatur exactio. accedit, quod Prætor hanc actionem pollicetur demum; ſi paret, eum qui conſtituit, ad diem non ſolvere, neque feciſſe, quo minus fieret quod conſtitutum eſt. at non poteſt fieri, ut per conſtitutum eodem tempore & obligatio naſcatur, & mora contrahatur. quin prius eſt; ut obligetur is qui conſtituit, & in mora deinde conſtituatur. quare ſi pure conſtituat quis quod pure debet, quia non poteſt ſtatim & teneri & conveniri; prope eſt, ne valeat conſtitutum: ejus natura & fine repugnante. Sed placuit tandem Paulo, rem benignius interpretari; & quod actum eſt, ita accipere ex natura conſtituti, quaſi ei tacite inſit tempus: intra quod conſtituens ſatisfacere & poſſit & debeat: ac ſi non faciat ſatis, hoc Edicto teneatur. Viſum autem eſt illi, ſufficere tempus decem dierum *d. l. 21. §. 1. D. h. t.*

Similis fuit apud Veteres dubitatio, an valeat conſtitutum pecuniæ ſub conditione debitæ. ejus litis meminit Juſtinianus *l. 2. C. h. t.* finge, pecuniam deberi ſub conditione. an ea poteſt pure vel certa die conſtitui? dubitatio vertitur: quod Prætor actionem non pollicetur; niſi appareat, pecuniam tum, cum conſtituebatur, fuiſſe debitam *l. 18. §. 1. h. t.* quod autem debetur ſub conditione, non eſt debitum, quamdiu non exiſtit conditio, quia ante dies neque ceſſit, neque venit, tantum ſpes eſt, debitum iri exiſtente conditione *l. 213. D. de verb. ſignif.* ſive igitur pure, ſive in diem, conſtituatur debitum ſub conditione, ante exiſtentem conditionem non eſt conſtitutum: quia ante non eſt debitum, & ut maxime conſtituatur pure vel in diem, ante non poteſt peti: nulla ante nata actione. Vides difficultatem. Accipe ſolutionem. Conditio, poſtquam extitit, ſolet retro trahi, & deinde haberi conventio, ac ſi pura ab initio fuiſſet. Ita putemus, conſtitutum debiti ſub conditione ſub eadem ſuſpendi conditione ſub qua debitum ſuſpenditur: eaque exiſtente, utramque tenere actionem: deficiente, utramque deperire. Sic Paulus *l. 19. h. t.* pure vel in diem conſtituto debito ſub conditione. quid ſi pure debitum ſub conditione conſtituatur? Paulus *d. l. §. 1.* ait, actionem eſſe, non quidem directam, ſed utilem. & recte: non enim poteſt directa ex conſtituto venire: ubi, ut in propoſito, non valet conſtitutum: retinentibus ejus finem; qui unus eſt, debiti exactionem in diem differre. at adjecta hic conditio non tam differt ejus executionem, quam ipſam ſuſpendit obligationis vim ac ſubſtantiam. non igitur valet conſtitutum debiti puri ſub conditione factum: quia abhorret a fine & natura conſtituti; nec poteſt ex eo agi actione directa. Ait tamen Paulus, placuiſſe Pomponio, hic conſtituto, quod æquitati convenit, poſt exiſtentem conditionem, concedere actionem utilem, neglecta ſubtilitate actionis directæ.

Tandem conſideremus actionem conſtitutoriam. eam Prætor in *l. 16. §. 2. & l. 18. §. 1. h. t.* ſic promittit: *Si appareat, eum qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quo minus fieret quod conſtitutum eſt, eamque pecuniam, cum conſtituebatur, debitam fuiſſe.* Ut hæc actio eſt nova & remota a rigore juris civilis, ita Prætor eam circumſpecte pollicetur ſub conditione, & quidem duplice: prorſus, ut altera deficiente, eam non promittat. prior conditio eſt: Si appareat, ſtetiſſe per reum & non ſtetiſſe per actorem, quo minus ſolveretur, aut fieret quod conſtitutum eſt. Senſus eſt: actionem de conſtituta pecunia demum dari; ſi appareat, reum fuiſſe in mora; actorem non fuiſſe. Primum oportet reum fuiſſe in mora. quo tempore? Hanc quæſtionem Ulpianus *l. 16. §. 4.* ſic proponit & finit: *Hæc autem verba Prætoris*, Neque feciſſe reum quod conſtituit, *utrum ad tempus conſtituti pertinent, an vero uſque ad litis conteſtationem trahimus? & puto, uſque ad tempus conſtituti.* Igitur ſi reus tempore conſtituti non fuerit in mora, actor fuerit: apparet, actori volenti poſtea agere, denegari actionem. utique, ſi per ipſum ſteterit, quo minus fieret quod conſtitutum ſit: nam ſic ſonant Edicti verba. ſed quid, ſi non per eum ſtetit, verum per rerum naturam? ſilent Edicti verba: ſed Ulpianus putat, convenire Prætoris ſententiæ, ut adhuc reo ſubveniri debeat. *d. l. 16. §. 3.* Ut igitur obtineat actio de conſtituta pecunia, oportet reum in mora fuiſſe ad diem conſtituti, actorem non fuiſſe in mora: & ſi intervenerit actoris mora; apparet, defeciſſe conditionem ſub qua hanc actionem dedit Prætor. Plane, ſi reus in mora fuerit ad diem, & alia die offerat quod conſtituit, nec actor accipere velit, cum nulla ſit juſta cauſa non accipiendi: adhuc dicit Paulus *l. 17. D. h. t.* æquum eſſe, reo ſuccurri aut exceptione, aut juſta interpretatione, ut factum actoris uſque ad tempus judicii ipſi noceat: quaſi illa verba, *Neque feciſſe*, hoc ſignificent, neque in diem in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea. At-

que hunc in ſenſum etiam Ulpianus *l. 18. h. t. Item*, inquit, *illa verba*, Neque per actorem ſtetiſſe, *eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, ſi forte ad diem conſtituti per actorem non ſteterit, ante ſtetit vel poſtea; Et puto, & hæc ad diem conſtituti referenda: proinde ſi valetudine impeditus, aut vi aut tempeſtate petitor non venit, ipſi nocere, Pomponius ſcribit*. Illud non negaverim, quod actor, ubi fuit in mora accipiendi conſtitutum; eoque non habeat deinceps actionem conſtitutoriam ad conſequendum ei conſtitutum: non idcirco deſtituitur actione quam ante conſtitutum habebat ad pecuniam debitam. nam conſtituto non liberatur prior obligatio *l. 25. D. de in rem verſo*. imo Gajus *l. 28. D. h. t. Ubi quis*, inquit, *pro alio conſtituit ſe ſoluturum, adhuc is pro quo conſtituit, obligatus manet*. Atque hoc ſi eſt: liquet, conſtituto non fieri novationem: numquam contingentem, niſi ſublata priore obligatione *l. 1. D. de novat*. Probabile igitur eſt, actorem eo quod impeditur agere actione conſtitutoria, deficiente ejus conditione, non impediri, adhuc vetere uti actione quæ ei ſalva eſt. Cæterum ut utraque concurrat obligatio, vetus & nova de conſtituta pecunia: tamen ſolutione ex una facta, tollitur utraque. ſolutione, inquam; non litis conteſtatione. ſic Ulpianus *l. 18. §. ult. h. t.* & recte: nam litis conteſtatio, etſi aliquatenus habetur pro novatione; tamen neceſſaria eſt, & a voluntaria hac in parte diſtinguitur *l. 29. D. de novat*. Satis de priore conditione ſub qua actionem conſtitutoriam proponit Prætor. Quæ altera? his continetur Edicti verbis: *Eamque pecuniam, cum conſtituebatur, debitam fuiſſe*. Hæc verba (ut Ulpianus ſcribit *d. l. 18. §. 1.*) interpretationem pleniorem deſiderant. nam primum efficit; ut ſi quid tunc debitum fuit, cum conſtitueretur, nunc non ſit, nihilominus teneat conſtitutum: quia retrorſum ſe actio refert. proinde temporali actione obligatum, conſtituendo teneri debere, Celſus & Julianus ſcribunt: licet poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & ſi poſt tempus obligationis ſe ſoluturum conſtituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore conſtituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ex hactenus dictis intelligitur, eum qui pecuniam debitam conſtituit, ei cui conſtituit teneri actione conſtitutoria. idemque eſt, ſi non conſtituit quidem, ſed adverſarius eo poſtulante juraverit, pecuniam ſibi ab eo eſſe conſtitutam *l. 25. §. 1. h. t.*

Exſpectas, ad quid hæc actio detur. non ero in mora. datur ad hoc; ut is qui conſtituit ſolvat conſtitutum. quid, ſi malit debitum ſolvere, quam conſtitutum? fac: illud aut illud debuit: alterum conſtituit. eſtne audiendus, alterum ſolvere malens? negat Papinianus, eſſe audiendum; ſi velit hodie fidem conſtitutæ rei frangere *d. l. 25. D. h. t.* Oportet igitur eum qui conſtituit, ſolvere quod conſtituit. Inde quæritur apud Paulum *l. 21. §. 2.* an qui ſolvere conſtituit, ſatisfactione defungi poſſit? Pauli verba ſunt: *Conſtituto ſatis non facit, quo ſoluturum ſe conſtituit, ſi offerat* ſatisfactionem. *Si quis autem conſtituat*, ſe ſatiſdaturum, *fidejuſſorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intereſt, quemadmodum ſatisfaciat*. Sic Florentiæ editur. ſed legendum: *Si quis autem conſtituat*, ſe ſatisfacturum, *fidejuſſorem*. &c. Senſus Pauli: quod qui conſtituit, ſe ſoluturum, is offerendo ſatisfactionem non implet creditoris intentionem: quia aliud eſt ſolvere, aliud ſatisfacere. nam ſolutionem accipere tenetur creditor, etiam invitus: at ſatisfactionem admittere invitus non cogitur; etſi ſatisfactio a volente creditore admiſſa debitori cedat pro ſolutione *l. 6. §. 1. D. Quib. mod. pign. ſolv.* Sed Paulus *d. l. 21. §. 2.* non quærit de eo qui volenti cupiat ſatisfacere: ſed de eo qui invito offerat ſatisfactionem; poſtquam conſtituit ſolutionem: & ait, hunc oblata ſatisfactione non implere conſtitutum. longe aliter, ac ſi conſtituit ſe ſatisfacturum; & paratus eſt, ei fidejuſſorem vel pignora dare: hic enim etſi non offerat ſolutionem, tamen ſi pignora vel fidejuſſorem obtulit, conſtituto ſatisfecit: quod, ut Paulus ait, nihil intereſt, quemadmodum ſatisfaciat. Non minus convenit Edicti verbis: ne qui ſit paratus ſolvere aut facere id quod conſtituit, niſi ſolidum ſolverit aut fecerit, conſtituti obligatione liberetur. id placet, ſi unus vel pro ſe vel pro alio conſtituerit: imo etiam, ſi duo, quaſi duo rei, conſtituerimus. nam & tum cum altero in ſolidum agi, Ulpianus ſinit *l. 16. D. h. t.* Juſtiniano tamen viſum *l. 3. C. d. t.* epiſtolam D. Hadriani quæ de periculo inter mandatores & fidejuſſores loquitur, vel in his qui pro aliis pecunias ſimul conſtituunt, obtinere: hac allata cauſa; quod æquitatis ratio diverſas actionum ſpecies excludere nullo modo debet. Sed apparet, eum qui conſtituit, teneri id quod conſtituit ſolvere. utique, ſi extat: ſic enim poteſt ſolvere. at ſi perierit, cum per eum ſtaret, quo minus ſolveret: jam quia non poteſt ſolvere quod promiſit, neceſſitate fit; ut in locum conſtitutæ rei ſuccedat ejus æſtimatio. auctor Julianus *l. 23. h. t.* verbis ſequentibus: *Promiſſor hominis, homine mortuo, cum per eum ſtaret, quo minus traderetur, etſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtituta pecunia tenebitur, ut pretium ejus ſolvat*.

Expoſitis pleriſque ad intellectum actionis conſtitutoriæ pertinentibus, adhuc monet Ulpianus *d. l. 18. §. 2.* e re eſſe, hic ſubjungere, utrum pœnam contineat illa actio, an rei perſecutionem? Speciem pœnæ habebat: quod propoſita a Prætore adverſus moram non ſolventis ſua die conſtitutum, poterat propoſita intelligi in pœnam ruptæ fidei.

Sed

Sed Marcello viſum, magis eſſe, ut ſit rei perſecutio. idemque probat Ulpianus. & recte: ut enim Prætor hanc actionem demum promittat; ſi appareat, eum qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe: tamen non aliam illi præfert cauſam, quam conventionem: ac ſecundum hanc facit quidem creditori jus perſequendi conſtitutum: ſed cum ultra egredi non ſinit. non eſt igitur hæc pœnalis actio, ſed rei perſecutoria. ab eaque cauſa non tantum heredi, ſed adverſus heredem quoque, competit, & perpetuo. ſic ſane reſcribit Imp. Gordianus *l.* 1. *C. h. t.* & Juſtinianus *l.* 2. etſi olim, ut ipſe ait, non in omnibus caſibus eſſet longæva, ſed in ſpeciebus certis annali ſpatio concluderetur.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

Nunc redeo e diverticulo in viam. dixit in *l.* 1. *D. de rebus creditis* Ulpianus, Prætorem, ſub Titulo, De rebus creditis, non tantum de mutuo edixiſſe, ſed de commodato quoque & pignore. expoſito igitur mutuo, id eſt, primo contractu qui re contrahitur; ſequitur ſecundus, commodatum. Eſt vero, contractus juris gentium bonæ fidei quo corpus gratis utendum datur ad certum finem aut tempus: ea lege; ut finito uſu aut tempore, idem corpus non deterioratum reſtituatur. De hoc contractu exſtant in *l.* 1. ſequentia Prætoris verba. *Quod quis commodaſſe dicetur, de eo judicium dabo.* Hujus autem Edicti interpretationem non eſſe difficilem, Ulpianus ait §. 1. unum ſolummodo notandum: quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi mentionem fecit. Pacuvius fuit Edicti auctor. is ſic ſcripſit, *Quod quis utendum dediſſe dicetur.* pro eo qui Edictum concepit, hic eſt Julianus, compilator Edicti perpetui, repoſuit, *Quod quis commodaſſe dicetur.* Res minime inſolita: & ſub Titulo, Quod metus cauſa, & De pactis, a me ſimiliter notata. Emendavit igitur Julianus Pacuvii vetus Edictum, reſtituto aptiore verbo. Dices, commodari & utendum dari confundi *l.* 54. §. 1. *D. de furtis*, & §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* At hoc cum ſit, a verborum proprietate receditur. tantum enim intereſſe inter commodatum & utendum datum, Labeo auctor eſt, quantum inter genus & ſpeciem *d. l.* 1. §. 1. itaque conſtat, uſum non in commodato ſolum contineri, ſed etiam in locatione & precario: cum hæc a commodato valde diſtent. Nam locatio eſt res ad uſum data cum diffinitione mercedis; ut Iſidorus loquitur, *lib.* 5. *Origin. c.* 25. Commodati cauſa gratuita §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* Uſus igitur locato comparat commodatum. merces ſeparat utrumque. Inter precarium ac commodatum quoque eſt differentia. in precario enim petenti precibus quid conceditur utendum, quamdiu is qui conceſſit, patitur *l.* 1. *D. de precario.* at commodati uſus modo aut tempore includitur. ita poteſt precarium, cum videtur danti, revocari; licet is qui accepit, nondum uſus ſit. eſt enim hæc precarii lex & forma, ſpectans magis ad beneficium, quam ad negotii geſtionem *l.* 2. §. 2. *l.* 14. *D. de precario* commodatum non poteſt intempeſtive revocari: quia ex præſcripto fine & modo datur commodatario; & ideo ne commodans retro agat; ac finem denuo præſcribat, impedit non officium tantum, ſed & ſuſcepta obligatio inter dandum accipiendumque *l.* 17. §. 3. *h. t.* Sic noſtri. etiam Iſidorus *d. lib.* 5. *Origin. c.* 25. Verba Iſidori: *Commodum eſt id quod noſtri juris eſt, & ad alios temporaliter tranſlatum eſt, commodum temporis quamdiu apud eum ſit. unde & commodum dictum eſt. precarium eſt, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in poſſeſſione fundi ſibi obligati demorari. Et dictum precarium, quia prece additur, quaſi dictum precadium. r pro d. litera compoſita.*

Sed apparet, commodare proprie eſſe rem dare gratis utendam ad certum finem modumque. proinde non conſenſu perfici commodatum; ſed traditione ex conſenſu facta uſus cauſa: eique conſequens eſſe; ut commodatæ rei proprietas, etiam poſſeſſio, maneat apud commodantem: propterea quod uſus & quidem certus ac temporalis ad quem ſpectat commodatum, cum haberi poſſit ſalva rei ſubſtantia, nec dominii nec poſſeſſionis eget. argumento eſt locatio & conductio: ex qua re conducta utitur conductor ita, ut locatorem agnoſcat dominum ac poſſeſſorem; ejuſque poſſeſſioni ſua detentione ipſe præbeat miniſterium. quod ſi in locato obtinet: cur in commodato aliter ſit, cauſa non eſt. præterea noſtros *l.* 8. & 9. *h. t.* ſic Iſidorus *d. loc.* addo, Seneca, *Epiſt.* 120. Verba Senecæ: *Magnus animus, conſcius ſibi melioris naturæ, dat quidem operam, ut in hac ſtatione qua poſitus eſt, honeſte ſe atque induſtrie gerat. cæterum nihil horum quæ circa ipſum ſunt, ſuum judicat, ſed ut commodatis utitur peregrinus & properans.* Res clara ac certa. niſi difficultatem accipit a precario: in quo ut eadem ſit ratio quæ eſt commodati: tamen poſſeſſio tranſit. Sed intereſt: quod precarium neque ad tempus, neque ad modum, datur. imo pro arbitrio dantis manet apud rogantem, aut ab eo revocatur. interim poteſt rem precario accipiens, ea uti frui vel in perpetuum, modo danti videatur. quid ni poſſit eam precario poſſidere: videlicet eam, ſi ſic ferat caſus, tuiturus interdictis, Uti poſſidetis, & Unde vi. quod

in commodato, in quo uſus tempore aut modo circumſcribitur, non eſt neceſſarium. Habet igitur commodatarius nudam detentionem, non poſſeſſionem, multoque minus dominium commodatæ rei. ideoque nihil refert, quæ res commodetur, propria, an aliena *l.* 15. & 16. *h. t.* In mutuo aliter eſt: differentiam faciente re de qua contrahitur. nam mutuum reſpuit corpora, tantum admittit quantitates quarum uſus omnis conſumptione conſtat: nec eſt conſumptio, niſi tranſlato dominio. igitur nec eſt mutuum, niſi dominium proficiſcatur. commodatum vero eſt corporum: quorum ut eſt uſus ſalva ſubſtantia: ita ut ſit commodatum non eſt opus, mutari dominium. Atque ita eſt: non poteſt commodari id quod uſu conſumitur: niſi forte (quod Ulpianus obſervat *l.* 3. §. *ult. h. t.*) ad pompam vel oſtentationem accipiat. quo in numero ſunt nomiſmata aurea vel argentea vetera quibus pro gemmis uti ſolent: quorum uſumfructum legari poſſe, Pomponius cenſet *l.* 28. *D. de uſufructu.* de quibus egi diligenter *lib.* 1. *De uſufructu. c.* 4. Non minus obſervandum, quod Gajus *l.* 4. *h. t. Sæpe etiam*, inquit, *ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* Sic legit Antonius Auguſtinus, *lib.* 2. *Emend. c.* 2. & erudite obſervat, hoc verbo, *dicis cauſa*, ſignificari, aliquid non ſerio & vere fieri; ſed ſimulate, atque ut videatur officio, aut jure civili, defungi is qui facit. exemplum ejus rei *l.* 1. §. 34. *D. de Senatuſc. Silan.* Eo vero modo id in *d. l.* 4. accipi a Gajo, probabile mihi ſit ex Inſcriptione, *Gajus lib.* 1. *De Verborum Obligationibus.* apparet enim, loqui de verborum obligationibus; in quibus eſt ſtipulatio. fuit autem in ea aliquando obſervatum; ne alias perficeretur, tollereturve, quam interveniente ære & libra: ut demonſtravi, *lib. ſing. Ad Edictum, De pactis, c.* 8. unde poſſit hic eſſe Gaji ſenſus, Sæpe ad hoc commodari pecunias: ut interveniente pecuniæ alicujus, verbi gratia, nummi ſeſtertii, commento, atque imagine, juri civili convenienter perfecta eſſe ſtipulatio videatur. Illud parvi refert, utrum res mobiles, an immobiles, commodentur. credidit quidem Labeo, commodari rem mobilem, non etiam ſoli; utendam dari etiam ſoli: & veriſimile eſt Doctiſſimum illum Virum, ut ſic ſentiret, fuiſſe aliqua inductum ratione: ſed hanc non attulit Ulpianus, cum eum refutat *l.* 1. §. 1. *h. t.* tantum dixit, Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, & quæ ſoli eſt. idque & Caſſius exiſtimat. Vivianus, auctore Ulpiano *d. l.* 1. §. 1. amplius etiam habitationem commodari poſſe, ait. Sed eſſe tutius præſcriptis verbis agere, ipſe cenſet Ulpianus *l.* 17. *D. de præſcriptis verbis*, & quod Inſcriptio utriuſque loci oſtendit, eodem *libro.* 28. *Ad Edictum:* quare uterque hoc modo optime conjungitur.

Ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Ex hac clauſula intelligitur, (quod Paulus obſervat *l.* 17. §. 3. *h. t.*) commodato negotium geri invicem: & ideo invicem propoſitas eſſe actiones: ut appareat, quod initio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præſtationes actionesque civiles. Eſt igitur commodatum contractus, qui parit actionem commodati, & quidem duplicem, directam & contrariam. Prior eſt directa: eaque commodati per excellentiam vocatur in Rubrica: etiam principalis *d. l.* 17. §. 1. Altera commodati actio dicitur contraria *d. l.* 17. §. 1. & paſſim: quia, ut Rubrica indicat, datur *contra*, id eſt, viciſſim, vel e diverſo: Ut notat Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 2. eo verius: quia hoc *contra* ſic ſumitur apud Terentium, *Eunuch.* 2. 3. *verſ.* 64, & 3. 1. *verſ.* 54. Eſt vero utraque actio bonæ fidei *l.* 3. §. *h. t.* §. 28. *Inſt. de actionib.*

Primum videbo de actione commodati directa. ea datur ei qui commodaſſe dicetur. ſic loquitur Prætor: & quia non diſtinguit eum; etiam fur & prædo, ſi commodaverint, habebunt commodati actionem: eſt enim commodatum *l.* 15. & 16. *h. t.* & eorum intereſt *l.* 1. §. 39. *D. depoſiti*, atque ex honeſta cauſa: ſi præſertim dicat, ſua intereſſe eo quod domino tenetur rei vindicatione, vel ad exhibendum: quamvis aliter ſit; ſi dicat, ſe domino teneri actione furti aut condictione furtiva: priore enim caſu tenetur ut qualiſcumque poſſeſſor: poſteriore ut fur, id eſt, improbe *l.* 12. §. 1. *l.* 14. §. 3. & 8. *D. de furtis.*

Datur igitur actio commodati directa commodatori: nec dubium eſt, quin detur adverſus commodatarium. An omnem? utique, ſi valet commodatum. alioquin contra eſt: ut, ſi impuberi aut furioſo res ſine tutore aut curatore commodata ſit: quia enim carent conſenſu; ideo non conſiſtit commodatum, nec adverſus eos commodati actio competit *l.* 1. §. *ult h. t.* ſed ad exhibendum dabitur actio: ut res exhibita vindicetur *l.* 2. *h. t.* eſtque ejus juris ratio: quod pupilli aut furioſi ſine tutoris aut curatoris auctoritate ac conſenſu non obligantur, quoties neceſſarius eſt eorum conſenſus: ſed, ubi ex re naſcitur obligatio, id eſt, quaſi ex contractu, etiam ſine tutore aut curatore tenentur *l.* 46. *D. de oblig. & act.* Plane, ſi locupletior factus ſit pupillus: dicemus, eum utili commodati actione teneri ex Reſcripto D. Pii *l.* 3. *h. t.* Idem: ſi doli capax ſit pupillus, & in re commodata quid dolo malo egit. non videtur quidem mihi hoc venire ex regulis juris; (nam ſecundum has aliter reſpondet Ulpianus *d. l.* 1. §. *ult.*) ſed adverſus has receptum eſſe per conſequentiam Reſcripti Pii. ac dubito: an ad hunc modum in cauſa depoſiti idem diſputet Ulpianus *l.* 1. §. 15. *D. depoſiti.*

Datur igitur directa commodati actio adverſus commodatarium. quid, ſi ſit filiusfamilias

milias aut ſervus? Ulpianus *d. l.* 3. §. 4. *&* 5. ſermone parum accurato, ſed ſano intellectu adjuvando, ſic ſcribit: Si filiofamilias ſervove commodatum ſit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipſo & directo quis poterit. ſed & ſi ancillæ vel filiæfamilias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum. ſed non tantum ex cauſa doli earum perſonarum pater vel dominus condemnetur, ſed & ipſius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit: ut Julianus lib. 11. circa pigneratitiam actionem diſtinguit. Eſt & quæſtio de eo qui nobis bona fide ſervit: de quo Pomponius *l.* 13. §. 2. *h. t.*

Hæc; ſi unus ſit commodatarius. quid, ſi duo ſint? fuit quæſitum, utrum actio adverſus ſingulos competat in ſolidum; an pro portione? ſed Ulpiano *l.* 5. §. *ult. h. t.* placet ſententia Celſi filii; exiſtimantis, utrumque in ſolidum teneri: quaſi commodator ſit in ſolidum utriuſque fidem ſequutus. Nec obſtat Africanus *l.* 21. §. 1. *h. t.* . Nam hic commodator eſt utriuſque, non ſingulorum fidem in ſolidum ſequutus. illi etiam vaſorum periculum conjunctim ſuſceperunt: pacti, ut eſſet commune periculum: id eſt, ut quiſque præſtaret periculi partem: non ut unus ſolveret ſolidum. ita ſinguli ex natura contractus, niſi aliud placeat, in ſolidum hac actione tenentur. & obſervandum quod Ulpianus in *d. l.* 5. §. *ult.* addit: quod quodammodo duo rei habentur: ſic, ut ſi alter conventus præſtiterit, alterum liberet, & ambobus competat furti actio: de quo Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 26.

Cæterum, ſicut hæc actio datur adverſus commodatarium: ita datur adverſus ejus heredes: & ſi plures ſint, pro portionibus hereditariis: niſi ſi quis ex ſuo facto conveniatur *l.* 17. §. 2. *h. t.* aut niſi unus habeat facultatem reſtituendæ rei totius *l.* 3. §. 3. *h. t.* ubi Charondas *in Notis margin.*

Nunc dicam, ad quid detur commodati actio, & quod in ea ſit officium Judicis. id oſtendet formula, a Prætore præſcribi ſolita. ea formula fuit: quidquid te mihi ex commodato dare facere oportet ex fide bona. ea formula convenit his Edicti verbis, Quod quis commodaſſe dicetur, de eo judicium dabo. Edicto non addidi verba, ex fide bona: quia non Edicto debentur; ſed Juriſconſultis: qui (ut apparet ex *l.* 2. §. 6. *D. de orig. juris*) ex Legibus atque Edictis actionum formulas compoſuere, pro publica utilitate, & in propoſito ex natura contractus ex utroque latere obligatorii. ſed hanc evincit *l.* 3. § 3. *h. t.* & §. 28. *Inſt. de actionib.* Ante omnia igitur dicam, hanc actionem competere ad reſtitutionem rei commodatæ: ſi commodatarius eam teneat ultra præſcriptum tempus; aut eam transferat ad alium uſum, quam accepit. eſt enim commodato proprium, ut habeat certum modum aut tempus. ita, ſi commodatarius re commodata uſus ſit ad eum modum aut tempus, extinguitur commodatum: & convenit bonæ fidei, ut eam repoſcenti commodatori reſtituat *l.* 5. §. 8. *D. & l.* 2. *C. h. t.* Utrum in genere; an in ſpecie? hoc magis eſt. &, ne opus ſit cæteris quæ attuli ſupra, adſcribam hæc verba Agrætii, Veteris Grammatici. *Commodamus amico pro tempore equum, ſervum, hanc ipſam rem quam dedimus recepturi.* Sic ſi una res commodata ſit. Sed finge, duas eſſe commodatas. poteſtne de altera agi commodati? Vivianus quidem putat. ſed Paulus ait, Pomponio id ita videri verum: ſi ſeparatæ ſint. nam eum qui carrucham puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de ſingulis partibus. Sic ille *l.* 17. §. 4. *h. t.* cum eaque poteſt conjungi *l.* 36. *D. de evict.* quæ eſt ex eodem libro. Quid, ſi reddatur res commodata, ſed deterior? non videtur reddi: quia non patitur interpretatio bonæ fidei, ut intelligatur redditum quod non eſt ita redditum, ut oportet ex bona fide. unde conſequens eſt, cum deterior facta reſtituitur res commodata, nec id quod intereſt, præſtatur, adhuc eam recte peti judicio bonæ fidei *l.* 3. §. 1. *h. t.* licet in ſtrictis judiciis de dolo actio deſideretur *l.* 7. §. 3. *D. de dol. mal.* Sive igitur non poſſit reddi res commodata; ſive non aliter, quam deterior; locus eſt actioni commodati: præſertim, ſi quid in ea re factum ſit dolo malo. eſt enim alienum a bona fide: ut quem beneficio affecerim, is mihi injuriam referat pro gratia. idque in tantum verum eſt, ut ne conveniri quidem in commodato poſſit, Ne dolus præſtetur *l.* 17. *h. t.* At non tantum de dolo tenetur commodatarius: ſed de culpa quoque. nec diſtinguo, utrum ſit lata, levis, an leviſſima. Optime enim Ulpianus *l.* 10. *h. t.* Eum qui rem commodatam accepit, ſi in eam rem uſus eſt, in quam accepit, nihil præſtare, ſi eam in nulla parte deteriorem fecit, verum eſt: nam ſi culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur. ſic Ulpianus. nec minus plene Gajus *l.* 18. *h. t.* a commodatario omnem præſtari culpam. nimirum, quia plerumque ſolius vertitur commodatarii utilitas. ſic vero in *l.* 5. §. 2. *h. t.* definit Ulpianus. Atqui aliud eſt in precario: etſi hoc quoque totum ſpectet ad accipientis utilitatem. nam qui precario accepit, tantum præſtat dolum & culpam latam *l* 8. §. 3. *D. de precario.* Sed ſalva res eſt: differentiam inter commodatum & precarium faciente utriuſque natura. contrahitur enim commodatum præſcripto utendi fine & modo: eoque non poteſt intempeſtive revocari *l.* 17. §. 3. *h. t.* at precarium non ſic datur; ideoque poteſt revocari ſemper, etſi is qui precario accepit, nondum uſus ſit *l.* 1. *l.* 2. §. 2. *l.* 12. *D. de precar.* ac merito poteſt imputari ei qui cum ſuſpectam haberet diligentiam ejus cui precario dedit, precarium, ut poterat, non revocavit. Ipſe ſic Ulpianus *d. l.* 8. §. 3. Nec

quid

Digitized by Google

quid turbat hoc ejuſdem Juriſconſulti, *Cuſtodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præſtare. l. 5. §. 5. h. t.* Non enim hic dicitur, commodatarium debere commodatæ rei præſtare cuſtodiam diligentem: ſed cuſtodiam plane diligentem. qualis cuſtodia eſt diligentiſſima: eodemque modo ſic dicitur ab Ulpiano, quo Juſtinianus §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig. Is*, inquit, *qui utendum accepit*, *ſane exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur.* nam *ſane exacta* eſt valde exacta. & ita quoque, *ſane iniquum* eſt valde iniquum §. 30. *Inſt. de actionibus*; & homo quiſpiam *ſane doctus* pro *valde doctus*, apud A. Gellium, *lib. 3. Noct. Attic. c.* 1. Sed hoc quod dixi de omni culpa in commodato præſtanda, demum verum eſt: ſi ſolius verſetur commodatarii utilitas. nam ſi utriuſque ſit; tum tantum levis præſtatur *d. l.* 18. *h. t.* imo, ſi ſolius commodantis cauſa ſit commodatum, ut aliquando talis occurrit caſus: rationis eſt, dolum ſolum præſtari: idemque ſervari, ſi ita convenit *l. 5. §. 10. h. t.* De caſu fortuito videamus. huic non poteſt reſiſtere humana infirmitas: non enim poteſt eum prævidere; & ſi prævideat, certe prævenire nequit. idcirco in nullo bonæ fidei judicio præſtatur *l. 23. D. de regulis juris.* nec eſt cauſa, cur eo nomine teneatur commodatarius: ſi modo is caſus non ipſius culpa intervenerit. alioquin rationis eſt, commodatarium teneri, propter culpam ante caſum admiſſam, & ob ſecutum caſum non excuſandam. idem jus eſt: ſi, cum incidit caſus, adhuc aliqua commodatarii deprehendatur culpa; etſi nulla fuerit ante caſum. alterum notat Juſtinianus §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* utrumque Ulpianus *l. 5. §. 4. &* 7. *D. h. t.* Cæterum, ut de caſu fortuito non teneatur commodatarius; præſtanda tamen ab eo in re commodata præter culpam eſt diligentia, ſive cuſtodia *d. §. 2. d. l. 5. §. 2.* uſque adeo, ut debeat non in ipſa tantum re commodata, ſed in ejus quoque acceſſione præſtari. pone: equam tibi commodavi. eam pullus comitabatur. etiam pulli te cuſtodiam præſtare debere, Veteres reſponderunt *d. l. 5. §. 5. & 9.*

Convenit igitur Judicis officio in hac actione: ut res commodata commodatori ex fide bona non deteriorata reſtituatur: alioquin æſtimetur quod actoris intereſt, ei ita reſtitutam eſſe. proprie enim, ut dixi, non videtur reddita quæ deterior redditur *l. 3. §.* 1. *h. t.* Porro cum ea ſit æſtimatio, rei judicandæ tempus, quanti res ſit, obſervatur: ut in cæteris bonæ fidei judiciis fieri ſolet: quamvis in ſtricti juris judiciis plerumque litis conteſtatæ tempus ſpectetur. Ne hoc quidem prætermittam: quod hæc æſtimatio interdum fit per actorem, interdum per Judicem. & ab actore fit jurejurando in litem ex ejus affectione in infinitum; cum rei dolus accuſatur. a Judice contra fit ex rei veritate, quanti actoris interſit; ſi non rei dolus, ſed culpa intervenerit. Hoc nunc ex *l. 3. §. 2. & l. 5. §. 1. D. h. t.* ſaltem attingo obiter: quia de omnibus bonæ fidei judiciis de reſtituendo loquentibus egi ſupra ſub Titulo, *De in litem jurando.* Affinis ſuperiori obſervationi eſt adhuc ſequens: quod actor, ſi ſuſceperit oblatam litis æſtimationem, rem accipientis facit, maxime præſentem: abſentem vero tunc, cum reus poſſeſſionem eſt ex voluntate actoris nactus. & ideo nec eſt a ratione alienum, litem a Judice non æſtimari aliter, quam ſi caverit actor, per ſe non fieri, ne ejus rei poſſeſſio tradatur *l. 13. D. d. t. juncta l. 46. & 47. D. de rei vindic.* Sed de directa commodati actione ſatis. Obliviſci tamen me non oportet: quod cum ea concurrunt actiones aliæ; ut furti: cujus exemplum apud Ulpianum *l 5. §. 8. D. h. t.* A. Gellium *lib. 7. Noct. Attic. c.* 15. & Valerium Maximum *lib. 8. c. 2. §. 4.* Ulpianus *l. 14. d. t.* etiam meminit condictionis ex cauſa furtiva. tum in *l. 7. §. 1. & l. 18. §. 1. eod.* actionis ex Lege Aquilia. quamquam ut ex una percepto quod debetur, altera tollatur aut minuatur, auctore Paulo *l. 34. §. ult. D. de oblig. & act.* & ad eum Pacio *Centur. 4. quæſt.* 43.

Reſtat actio commodati contraria; ipſa ex interpretatione bonæ fidei profecta. præbet argumentum, quod non ſemper datur; ſed juſtis demum ex cauſis. exempla non addo. ſunt elegantia & clara in *l. 18. §. 2. & 3. l. 17. §. 3. & ult. l. 5. §. 8. l. 21. D. h. t.* Unum patere moneri: quod contraria actio poteſt directæ opponi per modum exceptionis jure penſationis, ſeu retentionis *d. l. 18. §. ult.* & eſt mihi ſuſpicio, illam ab hac forma cœpiſſe primum; atque ut jura paulatim increſcunt movente utilitate; mox invaluiſſe uſu, ut etiam poſſet ſine principali inſtitui ultro *l. 17. h. t.* Ita non eſt inutilis aut ſupervacua contraria actio. ſed hoc licet intelligere ex *d. l. 18. §. ult.*

TITULUS VII.

De pigneratitia actione vel contra.

Commodatum excipit pignus: tertius contractus re conſtans. eſt autem pignus, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res creditori datur in ſecuritatem debiti: ea lege, ut ſoluto debito, aut cum pro eo erit ſatisfactum, eadem res non deteriorata reſtituatur.

Digitized by Google

tur. Hæç definitio, mea opinione, eſt propria hujus loci: accommodata videlicet Edicto, ſub hoc Titulo propoſito. alioquin duplex fuit contractus, vel in ſpecie pignus, ſive contractus pigneratitius, vel fiducia, ſive contractus fiduciarius. formam priorem tenes: in poſteriore obſervabo ſolum: quod ſolemnis erat; fieri demum ſolita interveniente mancipatione, vel ceſſione in jure, addito pacto de remancipando, exſoluto debito, verbi gratia. Quia autem illa ſolemnitas ſuas habebat ambages, etiam difficultates minime neceſſarias: pro communi utilitate forte placuit primum Jureconſultis in Fori diſputatione, ac deinde Prætori in Edicto, rejecta ſcrupuloſitate ſupervacua ac moleſta, rem totam eo modo quo noſtra præivit definitio, ad naturalem ſimplicitatem revocare. Nolui hoc ſilentio prætermittere: arbitratus, intereſſe Juriſprudentiæ elegantioris, ut alias, ita hic, non ignorari juris originem progreſſumque, ſimul rationem informati obliteratique contractus fiduciarii, cujus frequens apud Veteres eſt memoria, ſed a Triboniano in Corpore Juris Juſtinianei nuſquam relictum nomen, vix veſtigium, ob nullum deinceps ejus futurum uſum. Teſtimonia ejus quod dixi, non appono. Dedi idonea antehac *lib.* 2. *Obſerv. c.* 7. & 8. etiam dabit infra Titulus *De pignoribus* libro xx. nunc quod eſt hujus loci, aggredior Edictum de contractu pigneratitio in ſpecie tali. De eo propoſitum a Prætore fuiſſe, memorat Ulpianus *l.* 1. *D. de rebus creditis.* formam talem fuiſſe, mihi perſuadeo: *Quod pignori datum eſſe dicetur, de eo ſoluta creditori pecunia, aut cum eo nomine ei ſatisfactum erit, perve eum ſtabit, quo minus id fiat, judicium dabo.* Ex primis Edicti verbis, *Quod pignori datum eſſe dicetur*, actio quam Rubrica dicit pigneratitiam, in *l.* 42. *D. h. t.* & *l.* 2. *D. de pignoribus*, vocatur judicium de pignore dato. Eſt autem pignus, res omnis creditori pro debito obligata: alias hypotheca appellatur. Hoc modo Marcianus in formula hypothecaria, *Inter pignus*, inquit, *& hypothecam tantum nominis ſonum differre.* Hæc verba extant in *l.* 5. §. 1. *D. de pignorib.* & ſpectare ad Formulam hypothecariam, indicio eſt Inſcriptio, *Marcianus libro ſingulari Ad formulam hypothecariam.* In præſente Edicto contra eſt. auctor Juſtinianus §. 7. *Inſt. de act.* Verba Juſtiniani. *Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil intereſt. nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata; utraque hac obligatione continetur. ſed in aliis differentia eſt. nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. at eam quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.* In hoc igitur Edicto pignus proprie accipitur quod eſt traditum *l.* 9. §. 2. *D. h. t.* comparata pigneratitia actione ad reſtituendam rem pignori datam §. *ult. Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* at reſtitui, niſi ad creditorem a debitore traditione profecta, non poteſt. Ad hanc obſervationem accedit altera: quod Prætor facturus actioni pigneratitiæ locum, non deſiderat rem obligatam eſſe pignoris jure: ſed eſſe datam pignoris cauſa, quamvis non ſit pignori obligata. itaque actio pigneratitia vel hac parte diſtat ab actione hypothecaria: nam ut hæc obtineat, neceſſe eſt, pignus jure contrahi; ideoque duo concurrere: primum, ut ſit debitum pro quo res pignori obligetur *l.* 5. *D. de pignorib.* deinde, ut rem pignori pro eo obliget is cujus in bonis ea ſit *l.* 6. *C. Si aliena res pign. dat. ſit.* neutrum poſtulat actio pigneratitia: quin illi ſatis eſt, rem haberi pignoris loco, etſi pignori obligata non ſit. Hoc tam varie: quia actio hypothecaria eſt in rem: pigneratitia in perſonam. illa competit adverſus quemvis poſſeſſorem: iſta inter contrahentes tantum. ſuppetit igitur cauſa, ne alius ob inutile pignus teneatur actione hypothecaria: quia pignus quod non valet, rem non afficit. ut autem a pigneratitia liberetur creditor, quæ cauſa eſt; etſi re ei inutiliter pignori data? ſane nulla: non enim iniquum fuerit, eum qui rem qualiter qualiter accepit pignori, perinde ad reſtituendum teneri, ac ſi pignus jure eſſet conſtitutum *l.* 11. §. 2. *l.* 9. §. 4. *l.* 22. §. 2. *D. h. t.* Atque huc intendiſſe Gajum *l.* 9. §. 1. *D. de pignorib.* jam pridem conjeci *lib.* 1. *Obſerv. c.* 7. ex Inſcriptione loci: quæ ſpectat ad hoc Edictum: in quo vera eſt ejus ſententia: cum ſub Titulo *De pignoribus*, ubi exponitur Formula hypothecaria, ab abſurditate excuſari nequeat. Quid igitur eſt? pignori obligari non poteſt res aliena, nec magis propria, debito non præcedente: ſed utraque poteſt pignori dari; licet neutra obligetur pignori. Idcirco edixit Prætor, quod pignori datum eſſe dicetur: non edixit, quod pignori obligatum eſſe dicetur. multum autem intereſt inter obligari pignori & dari pignori. priore caſu res obligatur: poſteriore contrahentium perſonæ tenentur: res libera eſt. Utcumque erit: Prætori in pigneratitia actione ſufficit, rem pignori eſſe datam: nec addit cauſam ex qua ſit data. proinde poteſt pignus dari non ob pecuniam tantum, ſed ob aliam quoque cauſam: veluti, ſi quis pignus alicui dederit, ut pro ſe fidejubeat *l.* 9. §. 1. *D. h. t.*

Proponitur igitur in hoc Edicto actio de pignore dato. paſſim dicitur pigneratitia. eſt vero directa vel contraria. prior eſt principalis: eoque pigneratitia in Rubrica per excellentiam appellatur. Datur autem debitori adverſus creditorem: ſicut inter eos intervenit contractus ex quo nata eſt: quamquam inter eos non ante vim ſuam exſerit, quam ſoluto creditori debito, aut cum ei erit ſatis-

factum. Huc ferunt ſe Edicti verba. & recte: nam cum in ſecuritatem debiti detur pignus: ullone jure erit, ſublato debito? atqui tum ceſſat ſecuritatis cauſa. putemus igitur, ubi creditori datur, ut ſecurus ſit de debito ſuo; hoc agi, ut eo finito, ex fide bona reſtituatur. Atque hoc convenire actioni pigneratitiæ, obſervant Diocletianus & Maximianus *l.* 11. *C. h. t.*

Pollicetur igitur directam pigneratitiam actionem Prætor, ſoluta pecunia. Solutam autem pecuniam accipe nummis probis: nam his demum contingit debiti liberatio. quod ſi ſoluta ſit pecunia nummis reprobis: ea non fit liberatio debiti, ideoque perſeverat pignus: tantum reſtituenda debitori reproba pecunia *l.* 24. §. 1. *D. h. t.* Deſiderat igitur pigneratitia actio, ſolutam eſſe pecuniam, ſed omnem *l.* 9. §. 3. *d. t.* nam quamdiu ſupereſt pars debiti, tenet pignus: ſicut tamdiu eſt debitum, & cauſa pignoris. Inde quæſitum, ſi creditori plures extiterint heredes, & uni ſolvatur pars debiti: an reliqui poſſint fundum oppignoratum vendere jure pignoris? Hæc eſt quæſtio *l.* 11. §. 4. *h. t.* in qua ait Ulpianus, ſolutione uni facta, non debere cæteros heredes injuria affici: proinde poſſe eos totum fundum vendere, oblato debitori eo quod uni ſolvit. & addit Ulpianus, eam ſententiam non eſſe ſine ratione: nempe, quia manifeſti juris eſt, defuncto creditore, multis relictis heredibus, perſonalem quidem actionem Lege Duodecim Tabularum inter eos dividi: pignus vero in ſolidum unicuique teneri *l.* 1. & 2. *C. Si unus ex plurib. heredib. credit.*

Ne hoc quidem me oblivifci hoc loco oportet; quod Prætor, debitum ſolutum eſſe poſtulans, ut ſit pigneratitiæ actioni locus, ſolum intelligit debitum, in cujus ſecuritatem pignus datum eſt: aliud non intelligit. quare, ſi in ſortem dumtaxat eſt obſtrictum; quamdiu eſt ſortis debitum, tamdiu eſt cauſa pignoris, & ceſſat pigneratitia actio. aliter ac ſoluta ſorte, & reliquis uſuris. nam ſoluto ſortis debito, propter quod obligatum fuit pignus, eſſe deſiit pignus, & ſine cauſa retinetur ob uſuras pro quarum ſecuritate non eſt datum. idem vice verſa eſt; ſi pignus ſit dumtaxat datum in uſuras, & hæ ſolutæ ſint: nam ſolutis uſuris pro quibus eſt conſtitutum pignus: non ſupereſt pignus, non pro ſorte, ſed pro uſuris datum. quo igitur jure retineatur pro ſorte pro qua non eſt datum? Utique, ſi univerſæ ſolutæ ſint: nam quamdiu aliquæ debentur, ſive ſtipulatione, ſive pacto nudo, tamdiu ceſſabit actio pigneratitia: quia tamdiu perſeverat pignus pro uſuris datum. & tamen vel hoc recipit temperamentum, niſi promiſſæ ſorte ſint ultra legitimum modum. nam hæ non debentur; quia ſunt illicitæ. Sic Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. h. t.* etiam Imperatores *l.* 4. & *l.* 22. *C. de uſuris.* Imo ut evitentur tenebræ quas hic Ulpiano facile offundat Reſcriptum Gordiani ad conſultationem cujuſdam Feſti *l. unic. C. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri poſſe*, bene cuſtodiendi ſunt utriuſque termini. nam ſunt diverſi. Ain' tu? differentia liquebit appoſitis Gordiani verbis. ſunt autem hæc. *At ſi in poſſeſſione fueris conſtitutus: niſi ea* [*quoque*] *pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur quæ ſine pignore debetur, eam reſtituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis debitores eam ſolam pecuniam cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, niſi pro illa etiam ſatisfecerint, quam mutuam ſimpliciter acceperunt: quod in ſecundo creditore locum non habet: nec enim neceſſitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.* Ab Ulpiano differre hoc Gordiani thema, veriſſime monui. nam a Gordiano agitur de duobus debitis principalibus; cum ab Ulpiano agatur de uno principali & altero uſurario, id eſt, acceſſorio. Id, ſi ſapimus, negari nullo colore poteſt. Sed quæ ſit ratio differentiæ, non liquet. Aliquis putet, Gordianum, ſpecie æquitatis, conſtituere novum jus, Ulpiano incognitum. Sed hoc ſi quis dicat, ei non aſſentiar: aliter enim ſe res habet. primum vide ſis *d. l.* 24. *C. de uſuris.* in qua retinetur Ulpiani ſententia, poſterior Reſcripto Gordiani. deinde apparet ex claris Gordiani verbis, ab eo non fieri jus novum; ſed ad factum reſcribi de jure recepto. Quid ergo eſt? nihil reſtat; niſi ut dicamus, hic, ut alibi, non omnium quæ conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe: & ideo rationes eorum quæ conſtituuntur, inquiri non oportere: alioquin multa ex his quæ certa ſunt, ſubverti *l.* 20. & 21. *D. de legibus.* Quid, ſi addam, Veteres poſſeſſionem adepto juſta ex cauſa, etiam alibi dediſſe retentionem, donec ei ſatisfiat; licet alioquin non habeat pignus. Exempla adduxi infra ſub Titulo, *De Lege Rhodia de jactu, ad finem.*

Ut igitur obtineat pigneratitia actio, vult Prætor, ſolutam eſſe pecuniam debitam. nec tamen negabit ei locum, ea non ſoluta, quoties perinde eſt, ac ſi ſoluta eſſet. complura extant ejus generis exempla: & quædam adfert Ulpianus *l.* 11. §. 2. *D. h. t.* Unum eſt: Si quaſi daturus tibi pecuniam, pignus accepero nec dedero. Siccine? Conſtabit Ulpiano ratio: cogitantibus; quod, ut ſit contractus pignoris, ſatis eſt, quid pignori datum eſſe. non ſit igitur pignori obligatum, quod pignori datum eſt, ubi nihil debitum eſt: tamen nata eſt pigneratitia actio; poteſtque ea quod pignori datum eſt, repeti optimo jure. Atqui non eſt ſoluta pecunia. recte mones. ſed quid eſt opus ſolvi, quod non debetur. tenebor igitur pigneratitia, & nulla ſolutione facta: quia nulla neceſſaria, tantum ſperato, non contracto debito. Liquet primum Ulpiani exemplum. Alterum tale eſt. Titius, accepta mutua pecunia,

cunia, aliquid pignori dedit ſub conditione. ea conditio defecit. non poteſt obligatum videri pignus, ubi defecit conditio. interim poſtquam pignori quid ſub conditione eſt datum, perfectus eſt contractus pignoris; nec eſt, cur nequeat quod eſt datum pignori, actione pigneratitia repeti: quamvis ſoluta non ſit pecunia debita. quia enim defecit pignoris conditio: pignori datum non magis pignori tenetur, quam ſi ſoluta eſſet pecunia; cum pignus jure foret obligatum, exiſtente conditione. Exemplum boc Ulpiani alterum. Venio ad tertium. hoc quale? Titius Sempronio promiſit centum, deditque ei rem pignori. mox Sempronius illi acceptum tulit debitum. poteſtne pignus repeti actione pigneratitia? Forte dices, debitum non eſſe naturaliter ſolutum. Sed quid refert? quando acceptilatione eſt extinctum civiliter *l.* 107. *D. de ſolutionibus.* bac ſane ut non contingat naturalis ſolutio, utique debitum liberatur ſolutionis exemplo *l.* 5. *D. de acceptilatione*, ideoque imaginaria ſolutio appellatur §. 1. *Inſt. Quibus modis tollitur obligatio.* Non igitur mirum eſt, hoc modo dari pigneratitiam actionem; perinde ac ſi vera & naturalis ſolutio interveniſſet. Supereſt in *d. l.* 11. §. 2. poſtremum Ulpiani exemplum. In eo proponitur eſſe debita pecunia; deinde interveniſſe pactum, ne petatur. quæritur, an locus ſit actioni pigneratitiæ? certum eſt, adhuc debitum eſſe, & poſſe actione peti ipſo jure. cæterum ſi petatur: fit adverſus fidem pacti cui ſtari voluit Prætor. alioquin ſinit, eam elidi exceptione. hoc facto: jam nihil intereſt, utrum debitum ſolutione ſublatum ſit ipſo jure, an pacto per exceptionem: & recte Ulpianus, *d. l.* 11. §. 2, etſi pecunia non fuerit ſoluta, tamen quia perinde eſt, ac ſi ſoluta eſſet, facit pigneratitiæ actioni locum. Non diſſimile exemplum eſt apud Paulum *l.* 20. §. 2. *D. h. t.* Fac: debitum eſt creditori oblatum, eoque recuſante accipere, a debitore obſignatum & depoſitum. quid Paulus? nimirum, quia per creditorem ſtetit, quo minus ſolveretur, propter ſimilitudinem rationis, idem eſſe obſervandum, quod futurum eſſet, ſi ſolutio facta eſſet. non enim oportet a creditore pendere; ne liberetur debitor: paratus ei quod debet ſolvere. igitur ſi creditor ſine cauſa recuſet accipere oblatum debitum, & debitor ex more obſignatum deponat, etſi proprie non ſolvat, tamen juris interpretatione ſolviſſe Intelligitur, eoque ſtatim ſe & pignora, cæteraſque acceſſiones liberaſſe *l. ult. C. de luitione pignoris.* Imo Ulpianus, ſi debitor apud Prætorem in jure offerat pecuniam quæ petitur, & creditor eam nolit accipere: ait, quod Prætor ei denegat actiones *l.* 30. *D. de ſolutionibus.* ac ſecundum hæc explicanda *l.* 11. *C. de uſuris:* adhibita levi emendatione quam tentavi *lib.* 2. *De fænore & uſuris c.* 9. *pag.* 221. Plus Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* ait, Qui ante ſolutionem egit pigneratitia, non recte egiſſe: & tamen ſi in judicio offerat pecuniam, debere rem pignoratam, & quod ſua intereſt conſequi. Superioribus exemplis addam novationem: quia ejus quoque meminit Ulpianus *d. l.* 11. *D. h. t.* eſt autem ea duplex: alia neceſſaria, alia voluntaria. illa fit voluntate creditoris & debitoris: hæc lite cum debitore conteſtata. eſt autem æquiſſimum, quod Ulpianus *d. l.* ait, Solutum non videri, ſi lis cum debitore ſit de ipſo debito conteſtata, vel ſi fidejuſſor ſit conventus. nam cum inter invitos fiat litis conteſtatio, non fuit rationis, ut actor ſuam conditionem faceret deteriotem *l.* 29. *D. de novationibus.* aliter ac fit in novatione voluntaria. per quam principali debito creditoris voluntate ſublato, ſine dubio etiam ſublata pignoris acceſſio eſt *l.* 18. *D. eod. tit.* Optime igitur Ulpianus *d. l.* 11. Novata, inquit, debiti obligatio pignus perimit: & addit, Niſi convenit, ut pignus repetatur.

Cætérum, ut appareat, actioni pigneratitiæ locum fieri ſoluto debito: ait tamen Paulus *l.* 20. §. *ult. D. h. t.* Interdum, & ſi ſoluta ſit pecunia, eam inhiberi. & eſt exemplum: ſi creditor a debitore pignus emerit. nam ſi debitor creditori pignus vendidit pro debito: venditio cedit pro ſolutione. ita receſſum eſt a contractu pignoris: ac ſi debitor poſtea offerat debitum; non ob id aget pigneratitia: quia conſenſu perfectam pignoris venditionem revocare, ſalvo jure, non debet *l.* 34. *D. h. t.* imo debitor, ubi ſivit pignus apud creditorem manere ex cauſa venditionis, ejus dominium creditori tradidit quaſi brevi manu. vice etiam verſa, creditor, cum a debitore non accepit debitum, ſic habetur, ac ſi ei pretium ſolviſſet. ita ſi totum ſpectamus negotium, perinde eſt, ac ſi creditor, ſoluto debito, pignus debitori reſtituiſſet, ab eoque idem ex cauſa emptionis ſoluto pretio recepiſſet.

Vix opus addi, parum referre Prætoris, volentis ſolutam eſſe pecuniam, utrum ſoluta ſit ipſi creditori; an ejus voluntate alii, verbi gratia, procuratori, vel ſervo exigendis pecuniis præpoſito. quod enim alii ſolvitur ejus voluntate, ipſi ſolvi intelligitur. Inde quærit Ulpianus *l.* 11. §. 5. *D. h. t.* ſi domum conduxeris, & ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo penſionem ſolvero: an poſſim adverſus te pigneratitia experiri? Et putat, poſſe: & ſi partem tibi, partem ei ſolvero, tantumdem dicendum eſſe. plane inquit Ulpianus, invecta mea & illata duntaxat in eam teneri ſummam in quam cœnaculum conduxi. non enim credibile eſſe, hoc conveniſſe, ut ad univerſam inſulæ penſionem frivola mea tenerentur. & addit, videri tacite cum domino ædium hoc conveniſſe, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, ſed ſua propria.

Ss 2 Satis

Satis de ſoluto debito. ulterius nunc eundum eſt. promittit enim Prætor debitori actionem pigneratitiam etiam tum; *cum creditori erit ſatisfactum*. Notat hoc Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. b. t.* & addit, ſatisfactum accipi, quemadmodum voluit creditor, etſi non ſit ſolutum; ſive voluit ſibi aliis pignoribus caveri, ſive fidejuſſoribus, ſive reo dato, id eſt, expromiſſore dato, ſive pretio aliquo, vel nuda conventione. imo generaliter, inquit Ulpianus, quoties voluit creditor recedere a pignore, ei ſatisfactum videri, ſi ut ipſe voluit, ſibi cavit, licet in hoc deceptus ſit. nam ut ei non ſit ſolutum, tamen cum ei eſt ſatisfactum: non habet, cur queratur de debito liberato per ſatisfactionem quam ipſe admiſit pro ſolutione, ea contentus. idem putemus; ſi ex pignore creditor fructus aut penſiones percepit. non enim lucratur perceptos fructus: (niſi contracta antichreſi de qua ſcripſi *lib.* 2. *De fœnore & uſuris c.* 9.) ſed eos imputat debito. prorſus, ut ſi ſufficiant ad totum debitum, quaſi genere quodam compenſationis ſolvatur actio & reddatur pignus. quod ſi fructus debitum excedant, etiam qui ſupererunt, reddantur. ſi non attingant ſummam debiti, quod perceptum eſt, debiti quantitatem relevet *l.* 1. & 2. *C. b. t.* Quod de fructibus & penſionibus dixi, pertinet ad qualecumque lucrum ex re pignorata perceptum. finge: (qui eſt caſus *l.* 18. *D. b. t.*) obligatum tibi eſſe debitoris nomen. ait Paulus, id poſſe fieri, & eſſe effectum bujus pignoris: ut tibi ad exigendum debitum competat utilis actio: & ſi ipſe directa agam adverſus debitorem; ei adverſus me competat exceptio. proinde ſi id nomen fuerit pecuniarium, tuque id exegeris; ait Paulus, compenſaturum te exactam pecuniam cum principali debito. quod ſi nomen fuerit alicujus corporis; id eſt, ſi debitum fuit aliquod corpus: id quod acceperis non compenſabis, quia corpus non admittit compenſationem; ſed retinebis id pignoris loco. Eſt & alia ſpecies quæ huc pertinet in *l.* 22. *pr.* & §. 1. *D. b. t.* & quidem duplex: ſed ſuffecerit, priorem expoſuiſſe: quia altera inde clarebit ultro. Ecce: ſurreptum creditori pignus eſt. is creditor egit actione furti, & conſequutus duplum aut quadruplum. ait Ulpianus, creditorem, quidquid perceperit, debito imputaturum; & Papinianum hoc confiteri: id eſt, affirmare. Sic: ſi tertius furtum fecerit. ſed quid, ſi ipſe debitor fecerit? ait Ulpianus, quod ipſe debitor creditori præſtitit actione furti, non oportere ei reſtitui: quia ob furtum præſtitit. & eſt ratio differentiæ juſta: nam in priore caſu non erat æquum, creditorem quid ex pignore lucrari: in poſteriore contra non erat utile, a creditore debito imputari quod pro furto ipſe præſtiterat debitor: quia alioquin foret circulus; ſi quod una manu dederat, altera reciperet: cum impunitum eſſe furtum non oporteat.

Sed apparet, actionem pigneratitiam etiam creditori dari, cum ei aliter, quam per ſolutionem, erit ſatisfactum. & eſt hoc verum tum, ſi volenti creditori ſatisfecit debitor. nam ſi non ſolvere, ſed alia ratione ſatisfacere, paratus eſt: nihil ei prodeſſe, Gajus ait *l.* 10. *D. b. t.* idem Ulpianus cenſet *l.* 6. §. 1. *D. Quibus modis pign. vel bypothec. ſolvitur.* & præfatur, *quod ſibi imputare debet creditor qui ſatisfactionem admiſit vice ſolutionis. at qui non admittit ſatisfactionem, ſed ſolutionem deſiderat, culpandus non eſt.*

Reliquum eſt, quid veniat in actionem pigneratitiam. Id vero docet Papinianus *l.* 40. §. 2. *D. b. t.* debere, inquiens, creditorem, ſoluta pecunia, pignoris poſſeſſionem quæ corporalis apud eum fuit, debitori reſtituere: nec quidquam amplius præſtare. Ulpianus tamen ait, etiam debere creditorem, cum pignus reddit, debitori repromittere de dolo; & ſi prædium fuit pignoratum, & de jure ejus: ne forte ſervitutes, ceſſante uti creditore, amiſſæ ſint *l.* 15. *D. b. t.* Recte: nam hæc ad effectum reſtituendæ poſſeſſionis, quam plenam intendit Papinianus, pertinent: neuter plus poſtulat. Igitur æque bene Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. b.* ait, in hoc judicium venire rem pignoratam, & ſi quid interſit. finge, (omittam enim modo tradita de dolo, & amiſſis non utendo ſervitutibus) creditorem male tractaſſe res pignoratas, vel debilitaſſe ſervos pignoratos: etſi reddat, tamen tenebitur ex natura judicii bonæ fidei: in quo dicitur res non reddita quæ deterior redditur. Quamquam hoc ita verum: ſi fecerit dolo aut culpa. nam ſi jure ſuo uſus, damnum dedit ſine culpa, non tenebitur: ut ſi pro maleficio coërcuit, vel vinxit, vel obtulit Præfecturæ, id eſt, Præfecto urbi, vel Præſidi *l.* 24. §. *ult. D. b. t.* aut ſi aliter læſit caſu. Culpam autem quemadmodum accipimus? utrum levem, ut in empto, locato, ſocietate, dote; an leviſſimam, ut in commodato? Ulpiano in *l.* 5. §. 2. *D. Commodati* placet, levem accipere. quo argumento? hoc certiſſimo, quod in pignore vertitur utriuſque & creditoris & debitoris utilitas: ut in empto, ut in locato, ut in ſocietate, ut in dote: ideoque eſt par in omnibus ratio præſtandæ dumtaxat levis culpæ. Atqui idem Ulpianus *l.* 13. §. 1. *D. b. t.* ſic ſcribit: *Venit autem in bac actione* (*pigneratitia*) *& dolus & culpa, ut in commodato; venit & cuſtodia: vis major non venit.* Noli putare. optimum Ulpiani locum vexat manifeſtum ſcripturæ vitium, ſequente ſanandum modo: *Venit autem in bac actione & dolus & culpa. at in commodato venit & cuſtodia. vis major non venit.* Sic conjicio; & eo probabilius: quia hæc emendatio conſtat mutatione admodum exigua fere unius literæ. accedit, quod in *l.* 14. mox ſequente ei convenientiſſime ſic ex Paulo ſub-

jicitur: *Ea igitur quæ diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtare ſolet, a creditore exiguntur.* Aptum inde ac firmum meæ argumentum conjecturæ; & quod poſſet ſufficere: ſed ne alicui relinquatur ſcrupulus vel minimus, lubet præterea addere, quod ipſe Ulpianus (& quis ſit fidelior meliorque de ejus ſententia ſcripturaque aut teſtis aut judex?) *in d. l.* 5. §. 2. & ſenſu & modo plane eodem ei qui eſt meæ emendationis, facit diſcrimen utriuſque actionis, pigneratitiæ & commodati, in his verbis, *Sed ubi utriuſque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote*, ut in pignore, *ut in ſocietate, & dolus & culpa præſtatur.* Commodatum autem *plerumque ſolam utilitatem continet ejus cui commodatur. & ideo verior eſt Quinti Mutii ſententia, exiſtimantis & culpam præſtandam & diligentiam.* Res evidentiſſima, jam obſervata a me olim *lib.* 1. *Probabil. c.* 4. & poſt *lib.* 4. *c.* 3. ubi, quæſo, vide: & proderit vidiſſe ibi expoſitam inſuper *l.* 19. *C. de pignoribus*, aliaque loca obſcura & difficilia *h. t. Codicis* hac in parte.

Venit igitur in actionem pigneratitiam (huc enim redeo) ipſa res. quid ſi vendita a creditore ſit, & pluris, quam ei debebatur? jam cogitur creditor judicio quod de pignore dato proponitur, debitori reſtituere ſuperfluum pretiitium cum uſuris: ut convenit bonæ fidei. quid ſi velit emptorem debitori delegare? non eſſe audiendum, ait Papinianus *l.* 42. *D. h. t.* & pro ratione addit, *Cum in venditione, quæ* [*rite*] *fit, ex* ſacto *ſuum creditor negotium gerat.* Sic Florentiæ editur. ſed ingenioſe Cujacius legit, *ex pacto.* nec deſunt alibi exempla mutati utriuſque verbi, *ex facto* & *ex pacto.* Ego certe *in l.* 6. *C. de ſolutionibus* ſimile deprehendi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 24. & aliud dedit Dominus van Bynkershoek *lib.* 1. *Obſerv. c.* 7. *in l.* 22. *C. de negotiis geſtis.* Senſus Papiniani: Quod in pignoris venditione a creditore facta ex pacto de diſtrahendo pignore (quod in *l.* 4. *C. hoc tit.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, ſed gerit negotium ſuum. ita non eſt cauſa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, & alium ſibi admittere debitorem. aliter ac ſi creditor geſſiſſet debitoris negotium; nec ejus culpa argui poſſet. At his reſiſtit Ulpianus *l.* 24. §. 2. *D. h. t.* Sed non reſiſtere facile intelligetur: cogitantibus, duplicem eſſe dubitationem: unam, an creditorem oporteat debitori reddere ſuperfluum pretii: alteram, quando oporteat creditorem debitori ſuperfluum reddere. ad priorem quæſtionem reſpondet Papinianus *d. l.* 42. ad poſteriorem Ulpianus *d. l.* 24. §. 2. ait igitur Papinianus, creditorem teneri, debitori reddere ſuperfluum; nec poſſe invito debitori delegare nomen emptoris. Ulpianus vero ait, creditorem non eſſe obligatum, debitori ſuperfluum pretii reſtituere ante, quam id ab emptore exegerit: propterea quod non debet id de ſuo ſolvere. quod ſi debitor recuſet exſpectare emptoris ſolutionem, ſcilicet, quod ſuſpecta ei ſit creditoris negligentia: poſſe a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipſe adverſus emptorem experiatur. Hoc mihi videtur: nec opus addi, intereſſe inter emptoris nomen debitori a venditore ſeu creditore delegatum, & actiones debitori a venditore mandatas adverſus emptorem. Ultro enim apparet, novationem altera in ſpecie fieri: in altera non fieri. Addam potius, quod Pomponius *l.* 6. §. 1. *D. h. t. Si*, inquit, *creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, ſi id fœneret, uſuram ejus pecuniæ præſtare debet ei qui dederit pignus. ſed & ſi ipſe uſus ſit ea pecunia, uſuram præſtari oportet. quod ſi eam depoſitam habuerit, uſuras non debet.* Huc uſque de actione pigneratitia directa.

Succedit contraria; ſic dicta, quia contra, id eſt, viciſſim datur. indicat hanc Rubrica, *De pigneratitia actione vel contra:* ſimilis Rubricæ, *Commodati vel contra.* ſicut igitur pigneratitia, id eſt, directa pigneratitia, debitori datur adverſus creditorem: ſic creditori adverſus debitorem viciſſim competit contraria: ſuadente natura actionis perſonalis ex contractu §. 1. *Inſt. de actionibus:* idque certum eſſe, Paulus auctor eſt *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* Extant hujus actionis complura themata: ſed deſungar paucis. Sit primum: Debitor rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam, creditori dedit pignori. ait Paulus, debitorem creditori hac actione teneri. ad quid? puto, ad id quod ejus interſit. maxime autem hoc verum eſt, auctore eodem Paulo *d. loco*; ſi debitor eam pro propria & libera creditori dedit ignoranti. nam ſic malitioſe ſecit; ut dicitur in *l.* 9. *D. h. t.* certe contra bonam fidem. ſolet enim pactis pignorum inſeri, quod pignori datur, eſſe liberum: item, debitorem aliis nihil debere, nec eſſe debiturum ſub eodem pignore: æque, quod pignori datur, eſſe proprium. quod ſi nihil horum ſit conventum, tamen quia ſic conveniri moris eſt, pro convento habetur in bonæ fidei judicio, quale eſt pigneratitium. recteque debitor hoc nomine tenetur contraria pigneratitia actione: ſive ſciens, ſive ignorans, rem talem eſſe, eam pignori dederit creditori, modo ignoranti: quia non convenit bonæ fidei ignorantem a debitore, qui profeſſus eſt, ſe rem propriam aut liberam dare, & nunc mendacii arguitur, eo modo circumveniri. Non idem eſt, ſi creditor alienum, vel obligatum, vel morboſum, ſciens accepit. nam tum negat Paulus, ei competere contrarium judicium: quia eo contentus fuit, certe deceptus non eſt. cæterum, ſi ignoranti creditori debitor ſciens alienum dedit; ait Paulus, eum, præter contrarium judicium, etiam de ſtellionatu teneri, quamvis ſi ignorans alienum dederit, propter ignorantiam, a ſtellionatu excuſetur. ſed, ut dixi, quan-

tum ad contrarium judicium, non refert, utrum ſciens, an ignorans dederit, verum utrum ſcienti, an ignoranti dederit. Fuit & de eo quæſitum *l.* 32. *D. h. t.* an poſſit creditor cum debitore qui alienam rem pignori dedit, contraria pigneratitia agere, ſi ſolvendo ſit debitor. poterat enim dici: quod hic ceſſaret cauſa contrariæ actionis, ad hoc poſitæ; ut creditor habeat quod ſua interſit, non eſſe ſibi datam rem alienam: in propoſito autem non intereſt creditoris, ſi ſolvendo ſit debitor: etſi ei pignori dederit rem alienam. Sed contra placuit Marciano *d. l.* 32, etiam hic creditori competere contrarium judicium: propterea quod in tot humanis caſibus ejus ſemper intereſt, potius pignori incumbere quam tantum agere adverſus perſonam debitoris *l.* 25. *D. de regulis juris*: qui poteſt cras eſſe pauper, ut hodie ſit dives. jam ſi naturale debitum eſt; quod non poteſt peti, deficiente actione: intereſt procul dubio creditoris, hac in ſpecie habere pignus; etſi ſolvendo ſit debitor. Habes exemplum unum contrariæ actionis.

Nunc alterum accipe ex *l.* 3. *D. h. t.* id tale eſt. Creditor debitori reddidit pignus, quaſi debitam pecuniam recepturus ab eo cominus; id eſt, ſtatim: ut hic bene obſervavit inter alios Cujacius *lib.* x. *Obſerv. c.* 39. Creditor, inquam, debitori reddidit pignus, quaſi recepturus ab eo cominus pecuniam debitam. is debitor, quod præ ſe ferebat, non ſolvit pecuniam: ſed pignus a creditore receptum per feneſtram miſit, excepturo eo quem de induſtria ad id poſuerat. Non dubium eſt, quin debitor creditori fecerit furtum poſſeſſionis: eoque & furti & ad exhibendum teneatur. ſed de contraria pigneratitia videtur ambigi: quaſi non habeat locum, reſtituto pignore, & finito contractu. Sed Pomponius ait, adhuc locum fore actioni contrariæ. ac ſi ei objiciatur exceptio, Extra quam ſi redditum pignus ſit: optime replicari de dolo & fraude, per quam non redditum: ſed per dolum & fraudem pignus ablatum ſit.

Alius caſus eſt in *l.* 8. *D. h. t.* cujus ideo appoſui verba, quia complura obſervant, minime contemnenda. *Si neceſſarias impenſas fecerim in ſervum aut in fundum, quem pignoris cauſa acceperim, non tantum retentionem, ſed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret ſervus, dediſſe me pecuniam, & eum deceſſiſſe: item inſulam fulſiſſe, vel refeciſſe, & poſtea deuſtam eſſe; nec habere quod poſſim retinere.*

LIBER DECIMUS QUARTUS.

TITULUS I.

De exercitoria actione.

Expoſito ſuperioribus libris mutuo, commodato, & pignore, poterat hoc exſpectari depoſitum: nam is contractus ex quatuor qui re contrahuntur, adhuc ſupereſt. ſed Prætor occaſione pignoris, alteri obligationi plerumque acceſſorii, rejecto in alium locum depoſito, maluit hic ſubjicere aliquot formas obligationum, non tam aliquam producturas actionem, quam alii addituras qualitatem novam & jure civili incognitam. Paulus in *l.* 19. *D. de in rem verſo* has idcirco adjectiones appellat. Nec inutile fuit Prætoris conſilium, per has promittentis adverſus alium, quam qui contraxerit, actionem. nam ex ſuo quiſque facto poterat jure civili conveniri: ex alieno conveniri nemo poterat. hoc vero ut erat juſtum, ubi nulla ejus qui conveniebatur, intervenerat voluntas aut palam aut tacite: (videlicet, ne alterius negotiatione alteri noceretur) ita viſum eſt Prætori non iniquum, cum ab alio eſſet contractum ex alterius conſenſu, creditorem ſubtilitate juris non deludi: ſed illi, quatenus alterius negotiationi ab aliquo conſenſum intelligeretur, adverſus eum actionem indulgere. placebunt quas adferam, ſpecies Prætoriæ humanitatis.

Primam exhibet Titulus præſens *De exercitoria actione.* de qua duo fuere Edicti capita. & priore ſic edixit Prætor: *Quod cum magiſtro navis geſtum eſſe dicetur, ejus rei nomine cui ibi præpoſitus erit, de eo adverſus exercitorem judicium dabo.* Hoc caput collegi ex *l.* 1. *pr.* §. 7. & 12. *h. t.* ait autem in *pr. d. l.* 1. Ulpianus, Utilitatem hujus Edicti patere, neminem eſſe qui ignoret. nam cum interdum ignari cujus ſint conditionis vel quales, cum magiſtris propter navigandi neceſſitatem contrahamus; æquum fuiſſe, eum qui magiſtrum navi impoſuit, teneri: ut tenetur qui inſtitorem tabernæ vel negotio præpoſuit. imo ait, eſſe majorem neceſſitatem contrahendi cum magiſtro, quam cum inſtitore. quippe rem pati, ut de conditione inſtitoris quis diſpiciat, & ſic contrahat: in navis magiſtro non ita. nam interdum locum, tempus, non pati plenius deliberandi conſilium. Promittitur igitur a Prætore exercitoria actio, ſi exercitor navi ſuæ impoſuit magiſtrum; & cum

cum eo quid geſtum, ſive contractum eſt de eo cui ipſe præpoſitus ſit. Exercere navem eſſe, habere navem ex qua habeas quæſtum, oſtendi *lib.* I. *Obſerv. c.* 10. & *lib.* I. *De uſufr. c.* 7. Inde exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, ſive is dominus navis ſit, ſive a domino navem per averſionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum *l.* I. §. 15. *h. t.* Parvi autem refert, qui exercet, maſculus ſit, an mulier, paterfamilias, an filiusfamilias vel ſervus. pupillus autem ſi navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem *d. l.* I. §. 16.

Obtinet igitur exercitoria actio, ſi exercitor navi impoſuit magiſtrum; & cum eo ſit contractum. Navis autem appellatio proprie marinam indigitat. ſed Ulpianus eam exigens ad mentem Prætoris, ſimilitudine rationis in *d. l.* I. §. 6. *Navem*, inquit, *accipere debemus, ſive marinam*, [*ſive fluviatilem*] *ſive in aliquo ſtagno naviget, ſive ſchedia ſit.* Porro magiſtrum accipere debemus eum cui totius navis cura mandata eſt *d. l.* I. §. I. Et eſt rationis, ex ejus contractu teneri exercitorem: quia eum navi impoſuit ſua voluntate, eaque re ſivit, cum eo contrahi; certe decipi non debent hi qui cum ipſo contraxerunt. Sic in magiſtro jus eſt. quod ſi cum quolibet nautarum ſit contractum, non datur actio in exercitorem. Poterat quem morari, quod ex delicto cujuſvis eorum qui navis navigandæ cauſa in nave ſint, datur actio in exercitorem. Sed contra Ulpianus, alia, inquit, eſt contrahendi cauſa, alia delinquendi: ſiquidem qui magiſtrum præponit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, ſed culpa & dolo carere eos, curare debet *d. l.* I. §. 2. Tenetur igitur exercitor non ex contractu nautarum, ſed ex contractu magiſtri quem navi præpoſuit: quia ex voluntate ſua eum teneri, æquum eſt: ſine voluntate ſua eum teneri, non eſt æquum. Cujus conditionis ſit magiſter, nihil intereſt: utrum liber, an ſervus: & utrum exercitoris, an alienus: ſed nec cujus ætatis ſit, intereſt: ſibi imputaturo eo qui præpoſuit *d. l.* I. §. 3. Facile, inquit aliquis, hæc concedo in magiſtro navi impoſito ab exercitore ipſo. ſed quid, ſi magiſter alium ſibi ſubſtituerit? ulpianus *d. l.* I. §. 5. ſic ſcribit: Magiſtrum accipimus non ſolum quem exercitor præpoſuit, ſed & eum quem magiſter: & hoc conſultus Julianus in ignorante exercitore reſpondit. cæterum ſi ſcit & paſſus eſt, eum in nave magiſterio fungi, ipſe eum impoſuiſſe videtur. quæ ſententia mihi videtur probabilis. omnia enim facta magiſtri debet præſtare qui eum præpoſuit: alioquin contrahentes decipientur: & facilius hoc in magiſtro, quam inſtitore, admittendum propter utilitatem. Quid tamen, ſi ſic magiſtrum præpoſuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Juliani ſententiam admittimus, videndum eſt? finge enim, & nominatim eum prohibuiſſe, ne Titio magiſtro utaris. dicendum tamen erit, eo uſque producendam navigantium utilitatem.

Illud fieri non vult Ulpianus *d. l.* I. §. 7. quod non ex omni cauſa in exercitorem dat actionem Prætor: ſed dumtaxat ejus rei nomine, cujus ibi præpoſitus fuerit: id eſt, ſi in eam rem præpoſitus ſit, ut puta ſi ad onus vehendum locatum ſit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel ſi quid reficiendæ navis cauſa contractum vel impenſum eſt, vel ſi quid nautæ operarum nomine petent. Inde quæritur §. 8. ſi mutuam pecuniam ſumpſerit: an ejus rei nomine videatur geſtum? & ait, Pegaſum exiſtimare, ſi ad uſum ejus rei in quam præpoſitus eſt, fuerit mutuatus, dandam actionem: eamque ſententiam ſe putare veram: ſubjecta hac ratione; Quid enim, ſi ad armandam inſtruendamve navem, vel nautas exhibendos, id eſt, alendos, mutuatus eſt? Inde quæſitum eſſe ait ab Ofilio, ſi ad reficiendam navem mutuatus, nummos in ſuos uſus converterit, an in exercitorem detur actio? Ofilium autem dicere, ſi hac lege accepit, quaſi in navem impenſurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum ſibi, cur talem propoſuerit: quod ſi ab initio conſilium cepit fraudandi creditoris, & hoc ſpecialiter non expreſſerit, quod ad navis cauſam accipit, contra eſſe, eamque diſtinctionem a Pedio probari. Inſuper addit Ulpianus §. 10. *d. l.* I. ſi in pretiis rerum emptarum fefellit magiſter: fore exercitoris damnum, non creditoris. Et in §. II. ſi ab alio mutuatus, liberavit eum qui in navis refectionem crediderat, putat Ulpianus, etiam huic dandam actionem, quaſi in navem crediderit.

Sed bene animadvertendum, cui rei præpoſitus ſit magiſter: nam præpoſitio certam legem dat contrahentibus. ac ſi exercitor eum præpoſuit navi ad hoc ſolum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipſe locaverat, non tenebitur exercitor, ſi magiſter locaverit: vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum. aut ſi ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præſtet, vel contra, modum egreſſus, non obligabit exercitorem. ſed & ſi ut certis mercibus eam locet, præpoſitus eſt, puta legumini, cannabæ: ille marmoribus vel alia materia locavit: dicendum erit, non teneri. quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipſi dicunt) ἐπιβατηγοὶ, id eſt, vectorum ductrices ſunt. & pleroſque mandare ſcio, ne vectores recipiant; & ſic, ut certa regione, & certo mari negotietur: ut ecce ſunt naves quæ Brunduſium a Caſſiopa, vel a Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles; item quædam fluvii capaces, ad mare non ſufficientes *d. l.* I. §. 12. Dies non ſufficiet enumeraturo omnes præpoſitionum formas: nec tamen

tamen prætermittam hoc ex §. 13. *d. l.* ſi plures ſint magiſtri, non diviſis officiis, quodcumque cum uno geſtum erit, obligabit exercitorem: ſi diviſis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujuſque officio obligabitur exercitor. ſed & ſi ſic præpoſuit, ut plerumque faciunt, ne alter ſine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, ſibi imputabit *d. l.* 1. §. 14.

Dixi, quando obtineat exercitoria actio. nec minus, cui competat: apparet enim a Prætore promitti ei qui cum magiſtro contraxit de ea re cui præpoſitus ſit.

Porro addam, dari adverſus exercitorem: nam hunc Prætor indigitat. Ut tamen nobis electio ſit: utrum exercitorem, an magiſtrum convenire velimus. hoc enim clare præcipit Ulpianus *d. l.* 1. §. 17. *h. t.* & ideo (ſic deinde ſubjicit in §. 24.) ſi cum utro eorum actum eſt, cum altero agi non poteſt. ſed ſi quid ſit ſolutum, ſi quidem a magiſtro, ipſo jure minuitur obligatio: ſed & ſi ab exercitore, ſive ſuo nomine, id eſt, propter honorariam obligationem, ſive magiſtri nomine ſolverit, minuetur obligatio: quoniam & alius pro me ſolvendo me liberat. Quamquam autem Prætor actionem demum polliceatur, ſi cum magiſtro ejus geſtum ſit: tamen (ut Julianus quoque ſcripſit) etiamſi cum ipſo exercitore ſit contractum, pater dominuſve in ſolidum tenetur *d. l.* 1. §. 23.

Datur igitur ei qui cum magiſtro contraxit exercitoria actio adverſus exercitorem. ſed obſervandum quod in §. 18. *d. l.* 1. ſic ſcribit Ulpianus: Ex contrario exercenti navem adverſus eos qui cum magiſtro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodem auxilio indigebat. ſed aut ex locato cum magiſtro, ſi mercede operam ei exhibet: aut ſi gratuitam, mandati agere poteſt. Solent plane Præfecti propter miniſterium annonæ, item in provinciis Præſides provinciarum, extra ordinem eos juvare ex contractu magiſtrorum.

Reliquum eſt, ut dicam, ad quid detur exercitoria actio. puta autem, dari in ſolidum ejus de quo actum eſt; quia infinitus eſt Prætoris ſermo, *Judicium dabo*; nullo adjecto modo: ſicut & in ſolidum exercitor contrahenti conſenſit magiſtro. Sit ita: ſi unus exerceat navem: ſed quid, ſi plures eam exerceant? ait Ulpianus *d. l.* 1. §. *ult.* cum quolibet eorum in ſolidum agi poſſe. videlicet, ne in plures adverſarios deſtringatur qui cum uno contraxerit *l.* 2. *h. t.* nec quidquam facere ait Paulus *l.* 3. quotam quiſque portionem in nave habeat. additque, eum qui præſtiterit, ſocietatis judicio a cæteris conſecuturum. Si tamen plures per ſe navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem ſui magiſtri videntur *l.* 4. *d. t.*

Tantum de priore Edicti capite. poſterius in *d. l.* 1. §. 19. hoc modo proditur ab Ulpiano: *Si is qui navem exercuerit, in aliena poteſtate erit, ejuſque voluntate navem exercuerit, quod cum magiſtro ejus geſtum erit, in eum in cujus poteſtate is erit, qui navem exercuerit, judicium dabo.* Tenes Edicti tenorem. explicationem accipe ab Ulpiano *d. l.* 1. §. 20. & *ſeqq.*

TITULUS II.

De lege Rhodia de jactu.

Titulum De exercitoria actione excipit Titulus De Lege Rhodia de jactu: occaſione rei maritimæ ad quam ſpectavit exercitoria actio, hanc ſeriem commendante. Nomen Legi Rhodiæ fecit Urbs Rhodus, ſita in inſula ejuſdem nominis, una ex inſulis Cycladibus in mari Ægeo. A. Gellius *lib.* 7. *Noct. Attic. c.* 3. eam civitatem & inſulæ opportunitate, & operum nobilitate, & navigandi ſollertia, navalibuſque victoriis celebratam eſſe, atteſtatur. Florus *lib.* 2. *c.* 7. nauticum populum dicit. præter cætera laudatur a Strabone ejus diligentia prudentiaque circa res & leges nauticas. Ita non mirum, Populum Romanum qui ante primum bellum Punicum (auctore Floro *d. lib.* 2. *c.* 2.) non attigit res nauticas, nec de his poſuit Leges in Duodecim Tabulis aut alias, non indignum ſua majeſtate exiſtimaſſe, egregiis uti legibus ſocii & amici Populi: quatenus ſuis non adverſarentur. Sed hoc Imp. Auguſtum, & poſtea Antoninum, judicaſſe, auctor eſt Voluſius Mæcianus *l.* 9. *D. h. t.* in qua (quod obiter addam) injecta mentio naufragii in *Italia* facti, & prædæ publicanorum Cyclades inſulas inhabitantium, non ſine ratione ſæpe & multum exercuit Viros Doctos: animadverſo ſpatio inter Italiam & Cyclades inſulas nimis magno. Sed evaneſcet difficultas; ſi pro *Italia* legatur *Æthalia.* ſic res deſiderat, & tentavi ego *lib.* 1. *Obſerv. c.* 13. ubi vide: ſi eſt tanti.

Lege Rhodia de jactu, cujus explicationem promittit Rubrica, ait Paulus *l.* 1. *h. t.* caveri: *Ut ſi levandæ navis gratia jactus mercium factus eſt, omnium contributione ſarciatur quod pro omnibus datum eſt.* Utilitas Legis vix eget commendatione: ultro enim ſe oſtendit. non tamen piguit Paulum *l.* 2. *in fin. pr.* præfari, æquiſſimum eſſe, fieri commune detrimentum eorum qui propter amiſſas res aliorum conſecuti ſunt, ut merces ſuas ſalvas haberent. Ut ad rem veniam: Lex contributionem indultura damnum in nave paſſis tem-

tempeſtate duo deſiderat: nempe, jactum mercium navis levandæ gratia eſſe factum: & hunc jactum cæteris profuiſſe, nave ſalva. primum vult, jactum mercium eſſe factum, & quidem navis levandæ gratia. ita non eſt contenta damno in nave obveniente: ſed quærit, an damnum ſit navis levandæ cauſa factum, & ut dixi, jactu mercium. ſunt igitur anguſta Legis verba: ſed, ut fit, latius porrecta eſt ejus ſententia: ſuadente æquitate, in pari cauſa par jus ſervari, etiam cum deficiunt verba. exemplum tale apud Calliſtratum *l.* 4. *D. h. t.* Navis onuſta non poterat cum onere intrare portum vel flumen. idcirco neceſſe fuit, merces quaſdam trajici in ſcapham; ne navis aut extra flumen, aut in ipſo oſtio, vel portu periclitaretur. ſcapha eſt cum mercibus ſubmerſa. an debet ratio haberi inter eos qui in nave merces ſalvas habent cum his, qui ſuas in ſcapha perdiderunt? non ſinunt verba Legis, non facto mercium jactu: quem illa, ut contributio fiat, deſiderant. nihilominus intererat omnium, communi periculo occurri exoneratione partis mercium in ſcapham immiſſæ. hoc vero Lex intendit. æquum igitur eſt, quamquam deficiant Legis verba, perinde ex ejus mente fieri contributionem, ac ſi jactura facta eſſet. Alius caſus eſt in *d. l.* 4. §. 2. Ecce: de nave factus eſt aliquarum mercium jactus. aliæ in nave remanſerunt. hæ factæ ſunt deteriores: non quod in angulo alicubi jacerent, & unda penetravit: (tale enim damnum tangeret mercium dominum; alios non tangeret) ſed quod per jactum denudatæ, adſpargine aquæ ſunt conſpurcatæ, & viliores factæ. Quæritur, an domino hac cauſa damnum paſſo, conferri debeat? fateor: non ſunt jactæ merces: quod Lex poſtulat. denudatio tamen præſtitit damnum; eaque contigit propter jactum. in ſumma vero quid intereſt, jactas res meas amiſerim, an nudatas deteriores habere cœperim? placet igitur, perinde ſubveniri domino qui merces ſuas, propter jactum, deteriores habere cœperit, ac ſubvenitur ei qui eas jactu perdiderit.

Sed contributio ſe, ut dixi, non adſtringit ad jacturam, ne mercium quidem. plura ſolatur damna: etſi Lex tantum de jactis mercibus loquatur; nec alias res, alioſve caſus attingat. Ne exemplum quæſtioni ſit: pone in *l.* 3. *D. h. t.* arborem cæſam. (ſic malus appellatur, ut in *l.* 5. §. 1. *d. t.* & apud Petronium, *Satyric. c.* 114. ne quis poëticum ejus verbi uſum eſſe opinetur) eſt præterea in *d. l.* 3. exemplum in dejecto alio navis inſtrumento: puta velo, antemna, gubernaculo, remis; dum in his damna contigerint navis levandæ cauſa. clare ſic in *d. l.* 3. Papinianus: *Cum arbor, aut aliud navis inſtrumentum removendi communis periculi cauſa dejectum eſt, contributio debetur.* Eodem modo apud Hermogenianum *d. l.* 5. §. 1. fit mentio *arboris cæſæ.* quem in finem? *ut navis cum mercibus liberetur.* & additur, quod *propterea æquitas contributionis habebit locum.* Ita putemus, damno in nave facto, unam eſſe Legis ſollicitudinem: utrum ſit communis periculi avertendi cauſa factum. ac ſi id ſit, qualecumque dicatur damnum, facit contributioni locum: ſin aliud, negat: quantumvis ſit in nave factum. ac ſecundum hæc danda ſine dubio lux Paulo in *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* Verba Pauli: *Conſervatis mercibus deterior facta eſt navis, aut quid exarmavit, nulla facienda eſt collatio: quia diſſimilis earum rerum cauſa ſit, quæ navis gratia parentur, & earum pro quibus mercedem aliquis acceperit. nam & ſi faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. ſed ſi voluntate vectorum, vel propter aliquem metum id detrimentum factum ſit, hoc ipſum ſarciri oportet.* Aliquem vexet hæc locutio, *Si navis quid exarmavit.* Sed eſt ſimilis apud Senecam, *Epiſt.* 30. ibique in *Notis* probata a Juſto Lipſio V. Cl. Igitur tempeſtate, deterior facta eſt navis; puta, rupta, fiſſave, aut quid exarmavit: id eſt, amiſit aliqua armamenta. faciem tempeſtatis ſic deſcribit Petronius *d. c.* 114. *Peragit interim tempeſtas mandata fatorum, omneſque reliquias navis expugnat. Non arbor erat relicta, non gubernacula, non funis, aut remus, ſed quaſi rudis atque infecta materia ibat cum fluctibus.* In tali tempeſtate navis quid exarmavit, aut deterior facta eſt, conſervatis mercibus. an eſt detrimentum nautæ mercium contributione ſarciendum? Negat Paulus: & hanc adfert cauſam. *Quia diſſimilis earum rerum cauſa ſit, quæ navis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit.* Impedita eſt Pauli cauſa. Imo Cujacio *lib.* 23. *Obſerv. c.* 35. eſt ſuſpecta: uſque adeo, ut non vereatur, pro *diſſimilis* ſubſtituere *ſimilis.* uſus ille eſt ſua ratione. mea ſi uti mihi licebit: retinebo veterem lectionem, *diſſimilis:* pro qua ſtant libri omnes. rem putemus. Lex Rhodia ad quam exigendus Pauli ſenſus, non ſinit, collationem fieri ex ſervatis mercibus: præterquam ut ſarciatur damnum ad earum conſervationem factum. hunc finem non invenit præſens caſus. minime. in eo nocuerit tempeſtas navi aut armamentis, a nauta paratis, ut poſſit merces tranſvehere, & pro his mercedem accipere. cum tamen collationem petit reparando damno navis aut armamentorum; non petit ſarciri damnum ob ſervandas merces factum. ſit igitur id oneri eorum domino: at ne incumbat his quorum merces ſunt: nam hi non ſunt domini navis aut armamentorum; at neque pro eorum periculo quid ſunt polliciti: ideoque ſola ſolutione mercedis, pro tranſvectione mercium conventæ, optimo jure defunguntur.

Aliquod attuli Paulo lumen: ſed ut clarius ſit, ſubjiciam Julianum *l.* 6. *h. t.* eadem via exeuntem. Verba Juliani: *Navis adverſa tempeſtate depreſſa, ictu fulminis deuſtis armamen-*

tis, & arbore & antemna, Hipponem delata eſt, ibique tumultuariis armamentis ad præſens comparatis, Oſtiam navigavit, & onus integrum pertulit. Quæſitum eſt, an hi quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeant? Reſpondit, non debere: hic enim ſumptus inſtruendæ magis navis, quam conſervandarum mercium gratia factus eſt. Chriſtophorus Colerus, V. Cl. *lib. ſing. Parerg c.* 19. deliberat, præſtetne, pro *Navis depreſſa* ſcribi, *Navis deprenſa.* illum movet, quod *deprendere* eſt verbum proprium nautarum, cum tempeſtate occupantur: idque aliquot Veterum teſtimoniis pulchre confirmat. Quod tamen mirere, contra putat, ſatis Latine *depreſſam* dici navem pro *ſubmerſa:* ſicut fit in *l. 7. h. t.* Atque hoc mavult, recuſatque idcirco in *d. l. 6.* recedere a recepta lectione. Sed vereor; ne fallatur Vir ille eruditus: hac ratione, quæ eſt evidentiſſima; quod in *d. l. 6.* navis Hipponem delata eſſe dicitur. quod a depreſſa, ſive ſubmerſa nave longe abeſt. proinde non permitto mihi, ne pro *Navis depreſſa* Juliano reſtituam *Navis deprenſa.* idque poſt hæc ſcripta, ac prælo jam parata, etiam obſervaſſe V. Cl. Richardum Bentlejum, Notis ad Horatium *lib.* 1. *Carm. Od.* 14. *verſ.* 10. adductis ſimiliter ejus locutionis exemplis, lubenter animadverti. Non opus, hic iterum admoneri, Julianum in *d. l. 6. arborem* ponere pro *malo:* quod in anteceſſum factum. Illud non omittam, quod de armamentorum deuſtione ictu fulminis facta ait Julianus, poſſe juvari ex Seneca *lib.* 2. *Natur. quæſt. c.* 40. Hæc obiter & quaſi in tranſitu. Species talis: Navis adverſa tempeſtate deprenſa (ſic enim malim legi) ictu fulminis deuſtis armamentis, & arbore, ſive malo, & antemna, delata eſt in portum Hipponenſem qui eſt in Africa; ibique tumultuariis armamentis ad præſentem uſum comparatis, Oſtiam (Minucio Felici *in Octavio* dicitur civitas amœniſſima in Italia apud Romam) navigaſſe, & onus integrum pertuliſſe. Quæſitum eſt, an hi quorum onus fuit, debeant nautæ pro damno navis & armamentorum conferre? Julianus negat, hac certa ratione: quod ubi armamenta tumultuaria comparabantur, jam deſierat periculum tempeſtatis. fuere enim empta in portu Hipponenſi in quo ſecura erat navis, nec cauſa aut jactus aut contributionis. itaque Julianus conſiderate reſpondit, hunc ſumptum magis inſtruendæ navis, quam conſervandarum mercium gratia factum eſſe. Quod cum Paulo in *d. l. 2. §. 1.* congruit. nam & ille eodem ſenſu ait, eſſe diſſimilem cauſam earum rerum quæ navis cauſa parentur, ut armamenta, verbi gratia, & earum (puta rerum) pro quibus tranſvehendis mercedem aliquis, id eſt, magiſter navis, aut exercitor, acceperit. videlicet hic aut ille, amiſſis tempeſtate armamentis navis inſtruendæ gratia comparatis, damnum quidem facit, amittens ſibi atque in uſum ſuum neceſſaria: ſed ſic nihil amittit pro conſervatione mercium: ad quod damnum unice reſpicit Lege Rhodia contributio. ſufficit igitur vectoribus, mercedem ſolvere quam pro tranſvectione mercium promiſerunt: ſed non habent neceſſe, præterea facere contributionem pro comparandis reficiendiſve armamentis, ad navem inſtruendam neceſſariis. non magis, quam faber, conducto opere, ſi aut incudem fregerit aut malleum, habet jus a locatore petere, id inſtrumentum ſibi reparari: cujus ille neque dominus eſt, ut ejus periculo ſit, neque reſtitutionem promiſit, ut ad impenſas reparationis teneatur. Reſtant in *d. l. 2. §. 1.* ſequentia Pauli verba: *Sed ſi voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum ſit, hoc ipſum ſarciri oportet.* Jacobus Cujacius *d. c.* 35. *lib.* 23. *Obſerv.* etiam hoc loco affectum eſſe Paulum ſuſpicatus, tantumque ab eo excipi caſum unum, non duos quos præfert ſcriptura, uno ſpiritu legi ſuadet, *Sed ſi voluntate vectorum propter aliquem metum.* Æque fruſtra. ac lubet mirari, ſagaciſſimum illum Virum fugiſſe, voculam, *vel*, ex uſu illorum temporum hic nihil diſtinguere. Notavit eum uſum Salmaſius Notis ad Hiſtoriæ Auguſtæ Scriptores, multis in locis, inter alios ad Vopiſci Probum *c.* 14. *p.* 663. & ad Capitolinum Gordiano *c.* 7. *p.* 88. Ipſe quoque ego apud Ulpianum *l.* 11. *§.* 1. *D. de Public. in rem act.* eum deprehendi *lib.* 2. *De uſufruct. c.* 2. etiam in *l.* 40. *C. de tranſact.* exemplum aliud *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c.* 14. nec fecero rem ingratam Studioſis juris; ſi nunc addam ſequens ex §. 4. *Inſt. de uſu & habit: Sed & ſi pecorum vel ovium uſus legatus ſit.* Ludovicus Ruſſardus *Not. margin.* monet, in quibuſdam libris pro *vel* eſſe, *veluti.* quod & mavult D. Vinnius: proclamans, niſi ita legatur, Triboniani peccatum eſſe. In aliis tamen manuſcriptis, quos inter eſt meus, extat *vel:* & recte: nam ubi nihil diſtinguit, idem Juſtiniano valet quod in *l.* 12. *§.* 2. *D. d. t.* hoc Ulpiani: *Si pecoris ei uſus relictus eſt, puta gregis ovilis.* Igitur, ut revertar ad *d. l. 2. §. 1. h. t.* non eſt ibi Cujacii emendatione opus: ſatis idoneo Pauli ſenſu, Si vectorum voluntate, puta propter aliquem metum, deteriorata ſit navis, aut quid exarmarit; non eſſe alienum a ratione Legis Rhodiæ, id detrimentum omnium collatione refici, quaſi ad omnium utilitatem factum.

Nihil eſſet hic quod moremur diutius: niſi in *d. l. 2. §. 3. h. t.* inſuper quæreretur, redempta a piratis nave, an collatio fieri debeat? nam nec hunc caſum, quantum ad verba, attingit Lex Rhodia. Memorat tamen Paulus, Servium, Ofilium, Labeonem, exiſtimaſſe, debere omnes conferre: quod, ut videtur, hic non eſt minor conferendi cauſa, quam jactu facto levandæ navis gratia: redemptione æque ad communem omnium utilitatem

litatem pertinente. quid, ſi prædones, ſive piratæ, abſtulerint aliqua? ait Paulus, eum cujus fuerint, ea perdere. non improbabili ratione, quia is non eſt damnum paſſus aliorum cauſa. Addit Paulus, Nec conferendum ei qui ſuas merces redemerit. ſenſus eſt, ſi quis merces ſuas ſeparatim a cæteris redemerit, ne ei quidem conferendum: eo quod magis ſuum, quam commune, negotium geſſit. Eſt & illud hujus loci, quod in *d. l.* 2. *§.* 5. ait Paulus, ſervorum quoque qui in mare (pro, *in mari*, ut alibi obſervatum) perierunt, non facienda magis eſt æſtimatio, quam ſi qui ægri in nave deceſſerint, aut aliqui ſeſe præcipitaverint. Æquiſſime: ut enim damnum paſſi ſint quorum ſervi in mari, laborante nave, perierunt; tamen ubi contributio vertitur, non aliud putatur damnum, quam levandæ navis cauſa in communi periculo factum. id vero in propoſito non magis contingit, quam ubi ſervi ægri in nave deceſſerint, aut aliqui ſeſe præcipitaverint.

Explicitus eſt prior articulus Legis Rhodiæ. propero ad alterum. Is, ut jactus veniat in tributum, poſtulat, navem qua de factus ſit jactus, eſſe ſalvam. Is articulus claret ex *l.* 4. *b. t.* nec alia eget confirmatione. niſi cui dubium eſt, Legem Rhodiam, jactu mercium facto levandæ navis gratia, cum jubet, omnium contributione farciri, quod pro omnibus datum eſt *l.* 1. *b. t.* ſic accipi, quaſi velit, jactum omnium contributione farciri tum, ſi is merces quæ in nave manſerunt, omnibus ſalvas præſtitit, ſalva nave. Sed neſcio, an ſic definiat Hermogenianus *l.* 5. *D. b. t.* ex ſententia Legis Rhodiæ: dicens, hanc æquitatem placuiſſe. Verba: *Amiſſæ navis damnum collationis conſortio non farcitur per eos qui merces ſuas naufragio liberaverunt: nam hujus æquitatem tunc admitti placuit, cum jactus remedio cæteris in communi periculo, ſalva navi, conſultum eſt.* Ecce: navis tempeſtate amiſſa eſt, nullo ante jactu mercium facto. aliqui ſuas naufragio liberaverunt: id eſt, ex naufragio conſervarunt. Dubitatur: an damnum amiſſæ navis debeat refici collatione ſervatarum mercium? Non placet Hermogeniano: & juſta ratione. ea ratio eſt: quod non damnum, qua damnum in mari factum, præbet contributioni cauſam: ſed damnum jactu factum; hac mente, ut cæteris in communi periculo conſuleretur. Nec contentus hac ratione eſt Hermogenianus: præterea deſiderat, ut cæteris illo remedio, ſalva nave, ſit conſultum. Fuerit igitur, auctore Hermogeniano, mens Legis Rhodiæ; ne petatur contributio, eo quod eſt damnum datum, etſi mercibus in mare jactis navis levandæ gratia: ſed ideo quod aliorum merces jactus remedio, ſalva nave, conſervatæ ſunt: id eſt, quod jactus ſperatum finem obtinuit. Quod ſi eſt, ut eſt veriſſimum: probatum eſt, non ſalva poſt jactum nave, nec collationem quidem Lege Rhodia admitti: non inveniente Lege, unde, aut cur, ea fieri debeat. Nec tamen vel hoc in mora eſt, ne ſubmerſa poſt jactum navé, mercibus interim quocumque modo conſervatis, res perinde accipiatur, ac ſi illæ nave ſalva conſervatæ eſſent. pone, ut exemplo intelligatur quæſtio: jactus mercium factus eſt levandæ navis gratia: ſed ingraveſcente paulatim tempeſtate navis poſtea ſubmerſa eſt. ex ea merces quædam per urinatores ſunt extractæ. Rem attingit Manilius *lib.* 5. *Aſtronomic.* verſibus ſequentibus.

— — — Votum eſt
Illis in ponto, jocundum eſt quærere pontum,
Corpora qui mergunt undis, ipſumque ſub antris
Nerea & æquoreas conantur viſere nymphas,
Exportantque maris prædas, & rapta profundo
Naufragia, atque imas avidi ſcrutantur arenas.

Habes thema. quæſtioni eſt, an merces per urinatores extractæ, pertineant ad collationem? Sabinus putavit; & Calliſtratus *l.* 4. *§.* 1. *b. t.* ait, eum *æque* reſpondiſſe. id vero, ut ego expono, eſt benigne. nam anguſtia & ſubtilitas regulæ Legis Rhodiæ contributionem, niſi ſalva nave, non ſinebat. Sed Sabinus hanc æque, id eſt, benigne, interpretatur ex Legis fine: arbitratus, ſi ex nave quid conſervatum ſit qualicumque modo, obtineri finem Legis: unum quærentis; an ipſa navis aut ex ea aliquid ſervatum ſit, non quomodo: cum præſertim parum referat.

Invento caſu quo contributio fiat ex Lege Rhodia: reſtat, a quibus illa fieri debeat. Paulus *l.* 2. *§.* 2. *D. b. t.* definit, omnes quorum interfuiſſet jacturam fieri, conferre oportere. Nec ſine ratione. ea ratio eſt: Quia id tributum obſervatæ res deberent. indeque infert Paulus, etiam dominum navis pro portione obligatum eſſe. Summa Pauli eſt, debere navem, & omnia quæ cum nave ſervata ſunt, ſine diſcrimine æſtimari; ſi quidem recipiant æſtimationem: nec intereſſe, utrum pondus habeant, & his onerata fuerit navis, an non: ut gemmæ, margaritæ, annuli, veſtes cujuſque: una Legis inſpectione, an domini interfuerit, eas ſervari jactu, & recipiant æſtimationem. hac cauſa libera excipit capita: nolens, pro his dari: quia nulla horum æſtimatio eſt: cæterorum omnium eſt. & tamen ab his excipit Paulus, ſi quæ conſumendi cauſa impoſita ſint, cibaria verbi gratia: eo magis; quod ſi quando ea defecerint in navigationem, quod quiſque haberet, in commune conferret. Vult igitur Paulus, ea conſiderari tamquam futura omnium communia; & ſi quando defecerint in navigationem ad omnium conſervationem in medium conferenda: volente neceſſitate, ſervari omnes.

Liquet, unde facienda ſit contributio: adhuc liquere oportet, quomodo ſit facienda. De hoc ſic Paulus *d. l.* 2. *§.* 2. *Jacturæ*, inquit, *ſummam pro rerum pretio diſtribui oportet.* Sed hoc, quod quæritur, non ſatis extricat.

cat. itaque in §. 4. diſtinctius infit: *Portio autem pro æſtimatione rerum quæ ſalvæ ſunt, & earum quæ amiſſæ ſunt, præſtari ſolet. nec ad rem pertinet, ſi hæ quæ amiſſæ ſunt, pluris venire poterunt, quoniam detrimenti, non lucri, ſit præſtatio. ſed in his rebus quarum nomine conferendum eſt, æſtimatio debet haberi, non quanti emptæ ſint, ſed quanti venire poſſunt.* Harmenopulus, *Prompt. lib. 2. tit.* 11. ait, Hoc fieri, quo & damnum, quoad fieri poteſt minuatur, & lucrum amplius propagetur. addit, ita utriſque conſuli, & iis qui jacturam fecerunt, & iis qui res ſuas ſalvas habent.

Quod ad formam petendæ contributionis notanda eſt obſervatio Ulpiani *l.* 14. *D. de præſcr. verb.* ſic ſcribentis: *Qui ſervandarum mercium ſuarum cauſa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. ſed ſi ſine cauſa id feciſſet, in factum; ſi dolo, de dolo tenetur.* Ulpiani ſermo non eſt de eo cujus merces jactæ ſunt in mare; ſed de eo qui alterius merces projecit; & negat, hunc propterea ulla teneri actione. Quod probo. & eſt ratio; quod qui voluit, ſe aut merces ſuas ſervare, jactis aliorum mercibus, uſus eſt temporis neceſſitate: ſemper jus faciente, cum non licet facere aliter. ita non tenetur ex delicto; niſi quid egerit dolo malo. nec magis poteſt ex contractu obligatus cenſeri: quia nihil eſt inter eum & mercium dominum contractum de reparando jacturæ damno. Non eſt igitur in propoſito inſpiciendum, quis jecerit merces: id enim nihil ad rem pertinet. magis quærendum eſt, cujus res eo jactu ſervatæ ſint: nam ejus interfuit, jactum fieri; ideoque æquum eſt, eum ob res ſervatas ad collationem teneri. At qua actione; cum nihil actum contractumve ſit? Hoc diligenter tractat Paulus *d. l. 2. pr. D. h. t.* & quia obſcure more ſuo: duo poſtulo obſervari: unum eſt quod hæc lex debetur Pauli lib. 34. Ad Edictum, ex quo eſt etiam *l.* 1. & plures aliæ ſub Titulo *Locati conducti*, eoque fit veriſimile, Paulum explicationem Legis Rhodiæ de jactu junxiſſe Edicto De locato & conducto. Altera obſervatio erit, quod Paulus in *d. l.* 2. ei cujus merces ſint in mare jactæ, nullam concedit actionem ex Lege Rhodia; nec magis meminit actionis a Prætore in Edicto propoſitæ: tantum facit mentionem actionis ex locato & conducto; inductæ, ut videtur, hac in ſpecie uſu & diſputatione Juriſconſultorum: interpretantium, contrahentes de mercibus nave tranſvehendis per mare, in quo orta tempeſtate neceſſario fiat mercium jactus, invicem obligari ex locato & conducto in id quod alterum alteri ex fide bona jactu facto præſtare oportet, quaſi id tacite placuerit, etſi de eo nihil nominatim convenerit §. 3. *Inſt. de oblig. ex conſenſ.* proinde locata aut conducta mercium tranſvectione, & jactu e re vectorum facto juſſu magiſtri, creditum fuit, convenire naturæ locationis & conductionis quæ eſt bonæ fidei, ut domini mercium, prout locata aut conducta ſit earum tranſvectio, ex locato & conducto experiantur adverſus magiſtrum navis: ut is viciſſim agat contra vectores, merces ſuas ſalvas habentes, ad hoc, ut damnum jactus contributione pro portione reparent; aut hunc in finem eorum merces retineat, donec ſatisfaciant. Neutrum remedium eſt inauditum in jure noſtro. nam & Labeo *l.* 60. §. 5. *D. Locati* ait, ubi quis alienam meſſem ſuſtulit, dominum illi condicere frumentum poſſe, & ut id faciat, colonum ex conducto acturum cum domino. Dedi & alia exempla ſupra *ſub Tit. De judic.* Non minus notum eſt jus retentionis, Juriſconſultis eam, donec ſatisfiat, ex cauſa permittentibus poſſeſſionem adepto ſine vitio, etiam ſi non habeat pignus *l.* 1. *D. Quib. mod. pign. ſolv. l.* 1. *C. Si alien. res pign. l. unic. C. Etiam ob chirogr. res pign.* In propoſito autem videtur uſus retentionem magiſtro navis conceſſiſſe, quaſi ea lege merces exceperit: eo æquius, quod quodammodo eſſet neceſſarium: ne ſi ille deberet ſingulos judicio convenire, contributio facile eluderetur: plerumque ignotis vectoribus, ſæpe alio feſtinantibus, utique dilapſuris, cum e nave erunt digreſſi. Sed, ut ad Paulum veniamus, is (quod optime obſervat D. Cujacius *lib. 3. Obſerv. c.* 2.) diſtinguit; utrum domini mercium magiſtro merces vehendas locaverint; an ab eo mercibus ſuis conduxerint certum locum. Huc redit ſumma totius loci. priore caſu ait Paulus, dominos mercium ex locato acturos adverſus magiſtrum navis: ut is viciſſim agat actione ex conducto adverſus vectores; ut præſtetur quod eos, pro reparanda jactura, ex bona fide præſtare oportet. Servius quidem reſpondit, mercium dominos cum magiſtro ex locato experiri debere, ut cæterorum vectorum merces retineat, donec damni portionem præſtent. & eſſe id commodiſſimum, Paulus fatetur. ſed ipſe ſubjicit: *Imo etſi retineat merces magiſter.* Ita Florentiæ legitur: cum in aliis libris (quod & malunt Viri Doctiſſimi) extet: *Imo etſi non retineat merces magiſter.* Sed retinenda Florentina lectio, ſupervacua adjectione voculæ, *non*: & eſt ſenſus, Imo etſi poſſit magiſter merces retinere: vel, etſi magiſter retineat merces aliquas, aut merces aliquorum, adhuc ultro (id eſt, prior: hoc modo id verbum recte accipit Cujacius *d. loc.*) habiturus eſt actionem cum vectoribus. fueritque id neceſſe; ſi ſint vectores ſine ſarcinis quæ retineri poſſint: cum interim habeant annulos, gemmas, ſimilia jactu facto ſervata. Altera diſtinctionis pars ſequente continetur verſu. *At ſi non (&) totam navem conduxerit, ex conducto aget: ſicut vectores, qui loca in nave conduxerunt.* Ita Florentiæ editur. ſed Cujacius mavult: *At ſi non totam navem conduxerint, ex conducto agent: ſicut vectores*

qui

qui &c. Senſus: Quod mercium domini, ſi non locaverint tranſvehendas merces, ſed locum aliquem in nave mercibus conduxerint, adverſus magiſtrum agent ex conducto; ut is rurſus ſuo modo adverſus vectores agat ex locato ad præſtationem contributionis: ſicut vectores qui loca in nave conduxerunt, jactu damnum paſſi, conſimili conſilio cum magiſtro navis experiuntur.

TITULUS III.

De inſtitoria actione.

Exemplo actionis exercitoriæ ex negotiatione maritima profectæ, hic a Prætore proponitur actio inſtitoria ex negotiatione terreſtri hac, opinor, forma. *Quod cum inſtitore geſtum eſſe dicetur ejus rei nomine cui præpoſitus erit, de eo adverſus eum qui propoſuit, actionem dabo.* Qua ratione? Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ait, Prætori viſum eſſe, ſicut commoda ſentimus ex actu inſtitorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipſorum & conveniri. Sed addit Ulpianus, quod non idem facit circa eum qui inſtitorem præpoſuit, ut experiri poſſit: ſed ſi quidem ſervum proprium inſtitorem habuit, poteſt eſſe ſecurus, adquiſitis ſibi actionibus: ſi autem alienum ſervum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipſum tamen inſtitorem vel dominum ejus convenire poterit, vel mandati vel negotiorum geſtorum. præterea dicit Ulpianus, Marcellum opinari debere dari actionem ei qui inſtitorem præpoſuit, in eos qui cum eo contraxerint. utique (quod ex Gajo ſubjicitur *l.* 2.) eo nomine quo inſtitor contraxit; ſi modo aliter rem ſuam ſervare non poteſt.

Nunc de Edicto videamus. in eo dat Prætor actionem inſtitoriam; ſi quid cum inſtitore geſtum erit. Inſtitor autem appellatus eſt (ut Ulpianus ait *l.* 3. *h. t.*) ex eo quod negotio gerendo inſtet, nec multum facit, tabernæ ſit præpoſitus, an cuilibet alii negotiationi. idque in *l.* 4. *& ſeqq.* multis exemplis illuſtratur. ſummam facit Paulus *l.* 18. *h. t.* Inſtitor, inquiens, eſt qui tabernæ locove ad emendum, vendendumve præponitur, quique ſine loco ad eumdem actum præponitur.

Qualis autem ſit inſtitor, non diſtinguit Prætor. quin generaliter dicit, *Quod cum inſtitore geſtum erit.* optime igitur Ulpianus *l.* 7. §. 1. Parvi, inquit, refert, quis ſit inſtitor, maſculus, an fœmina, liber, an ſervus, proprius vel alienus. item quiſquis præpoſuit. nam & ſi mulier præpoſuit, competit inſtitoria, exemplo exercitoriæ actionis: & ſi mulier ſit præpoſita, tenebitur etiam ipſa. ſed & ſi filiafamilias ſit, vel ancilla præpoſita, competit inſtitoria actio. Pupillus autem inſtitor obligat eum qui eum præpoſuit, inſtitoria actione: quoniam ſibi imputare debet qui eum præpoſuit *d. l.* 7. §. 2. nam (hoc addit Gajus *l.* 8.) plerique pueros puellaſque tabernis præponunt. Verum ſi ipſe pupillus præpoſuerit, ſi quidem tutoris auctoritate, obligabitur: ſi minus, non *l.* 9. *h. t.* nec tamen iniquum eſt, (quod Gajus monet *l.* 10.) eatenus dari in eum actionem, quatenus ex ea re locupletior eſt. præterea ait Ulpianus *l.* 11. ſi pupillus heres extiterit ei qui præpoſuerat, æquiſſimum fore, pupillum teneri, quamdiu præpoſitus manet. removendum enim fuiſſe a tutoribus, ſi nollent opera ejus uti. addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 11. ſi minor viginti quinque annis erit qui præpoſuit, auxilio ætatis uſurum, non ſine cauſæ cognitione.

Datur igitur a Prætore inſtitoria actio; ſi quid geſtum erit cum inſtitore: nec tamen omne quod cum inſtitore geritur, obligat eum qui præpoſuit: ſed ita, ſi ejus rei gratia, cui præpoſitus fuerit, contractum eſt, id eſt, duntaxat ad id ad quod eum præpoſuit. ſic optime Ulpianus, & Edicto convenienter *l.* 5. §. 11. & in §. 12. cum ſequentibus id explicat compluribus exemplis. ſunt & alia in *l.* 11. §. 5. *& ſeqq.* quæ ibi videri poſſunt; nec opus adſcribere.

Obtinet igitur hæc actio, ſi quid geſtum erit cum inſtitore ea de re cui ipſe propoſitus erit. quid, ſi prohibuerit exercitor, cum eo contrahi? Ulpianus *l* 11. §. 2. *h. t.* ſic definit: de quo palam proſcriptum fuerit, Ne cum eo contrahatur, is præpoſiti loco non habetur. & præfatur, quod non permittendum erit cum inſtitore contrahere: ſed ſi quis nolit contrahi, prohibeat: cæterum, id eſt, alioquin, qui præpoſuit tenebitur ipſa præpoſitione. Porro cum poſſet quæri, quid ſit palam proſcribere: Ulpianus in §. 3. id ſic exponit: Proſcribere palam ſic accipimus, claris literis, unde de plano recte legi poſſit: ante tabernam ſcilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur: non in loco remoto, ſed in evidenti. Literis utrum Græcis, an Latinis? puto, inquit, ſecundum loci conditionem: ne quis cauſari poſſit ignorantiam literarum. certe ſi quis dicat, ignoraſſe ſe literas, vel non obſervaſſe quod propoſitum erat, cum multi legerent, cumque palam eſſet propoſitum, non audietur. Præterea monet Ulpianus §. 4. quod proſcriptum perpetuo eſſe oportet. cæterum ſi per id temporis quo propoſitum non erat, vel obſcurata proſcriptione contractum ſit, inſtitoria locum habebit. proinde ſi dominus quidem mercis proſcripſiſſet, alius autem ſuſtulit, aut vetuſtate, vel pluvia vel quo ſimili contingit, ne

proſcriptum eſſet, vel non pareret, dicendum, eum qui propoſuit teneri. ſed ſi ipſe inſtitor decipiendi mei cauſa detraxit, dolus ipſius proponenti nocere debet: niſi particeps doli fuerit qui contraxit.

Ex ſuperioribus ſatis intelligitur, cui & adverſus quem detur inſtitoria actio. apparet enim, dari ei qui cum inſtitore contraxit de ea re cui præpoſitus eſt, adverſus exercitorem qui eum præpoſuit §. 2. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* ſed (quod Ulpianus monet *l.* 13. §. 1. *h. t.*) ita demum, ſi non novaverit quis eam obligationem, vel ab inſtitore vel ab alio, ſtipulando novandi animo.

Ad quid datur inſtitoria actio? in ſolidum ejus de quo contractum eſt *d.* §. 2. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. pot. eſt.* Recte: ſi tabernam unus exerceat: ſed Ulpianus *l.* 13. §. 2. *h. t.* ait, ſi duo pluresve eam exerceant, & ſervum, quem ex diſparibus partibus habebant, inſtitorem præpoſuerint, a Juliano quæri, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis, an vero in ſolidum? refert autem, verius eſſe a Juliano putari, exemplo exercitorum, & de peculio actionis, unumquemque in ſolidum conveniri poſſe: ſed addit, eum qui conventus ſit, quidquid præſtiterit, ex Juliani ſententia ſocietatis judicio vel communi dividundo conſecuturum. eamque ſententiam ſe & ſupra probaſſe. Quod eſt verum. nec aliena ab his ſunt quæ ex Paulo ſequuntur *l.* 14. *d. t.*

Noviſſime ſciendum eſſe, ait Ulpianus *l.* 15. *h. t.* has actiones perpetuo dari & in heredem & heredibus.

TITULUS IV.

De tributoria actione.

Sicut in ſuperioribus Titulis, ita in hoc eſt caſus in quo a Prætore actio datur adverſus alium, quam qui contraxit. Senſus Edicti fuit: *Si is qui in aliena poteſtate eſſe dicetur, eo ſciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine judicium dabo, ut quod in ea merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo in cujus poteſtate erit, ſingulis pro rata portione tribuatur; item ſi ejus dolo malo factum erit, quo minus tributum eſſe dicatur, quam debuerit, judicium dabo, ut id præſtetur.* Et hujus Edicti (ſi audimus Ulpianum *l.* 1. *h. t.*) non minima utilitas eſt. hoc enim agit; ut dominus qui alioquin in ſervi contractibus privilegium habet, (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, deducto quod domino debetur) tamen ſi ſcierit ſervum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc Edicto in tributum vocetur. Ut igitur locum habeat actio tributoria, vult Prætor, eum qui in aliena poteſtate eſt, negotiatum eſſe. Poteſtatis autem verbum ait Ulpianus *l.* 1. §. 4. eſſe porrigendum ad omnem ſexum, item ad omnes qui ſunt alieno juri ſubjecti. imo addit in §. 5. tributoriam actionem non ſolum pertinere ad ſervos; verum ad eos quoque qui nobis bona fide ſerviunt, ſive liberi, ſive ſervi alieni ſunt, vel in quibus uſumfructum habemus. tantum poſtulatur, ut merx qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat *l.* 2. *h. t.*

Non eſt contentus Prætor poſtulaſſe, eum qui in aliena poteſtate ſit, negotiatum eſſe: amplius vult, negotiatum eſſe de merce peculiari, & ſciente eo in cujus poteſtate eſt. Ait autem Ulpianus *l.* 1. §. 3. ſcientiam hic eam accipi, quæ habet & voluntatem: non utique manifeſtam, ſed patientiam: non enim velle debere dominum, ſed non nolle. igitur ſi ſcit, & non proteſtatur, & contradicit; tenebitur actione tributoria.

Mercis quoque *nomine* merito adjici, Ulpianus notat *l.* 5. §. 4. *h. t.* ne omnis negotiatio cum ſervo facta tributoriam inducat. Certe addit §. 11. non totum peculium in tributum venire; ſed id dumtaxat quod ex ea merce eſt; ſive merces manent, ſive pretium earum receptum, converſumve eſt in peculium. ſed & ſi (ut eſt in §. 12.) adhuc debeatur mercis nomine a quibuſdam quibus ſolebat ſervus diſtrahere, hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum. Quid, ſi ſervus iſte præter mercem in taberna habeat inſtrumentum, an hoc quoque tribuatur, quæritur? Ulpianus *d. l.* 5. §. 13. putat, & hoc tribui ex ſententia Labeonis. & eſſe æquiſſimum. ac ſic præfatur; plerumque enim hic apparatus ex merce eſt: imo ſemper. cætera tamen, inquit, quæ extra hæc in peculio habuit ſervus, non tribuentur; utputa argentum habuit vel aurum: niſi ſi hæc ex merce comparavit. Ut ut erit; habet actio tributoria locum; ſi ſervus, ſciente eo in cujus poteſtate eſt, de merce peculiari ſit negotiatus. Mercem autem peculiarem quomodo accipimus: nam proprietatem ſequentibus eſt anguſtior ejus appellatio: ut neque ad ſervos, fullones, vel ſarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat. Sed placuit Ulpiano, Pedium ſequuto, Edictum ad omnes negotiationes porrigere *l.* 1. §. 2. *h. t.* Interim obſervat Ulpianus §. 3. Peculiarem mercem non ſicuti peculium accipi: hac præſertim ratione, quod peculium deducto quod domino debetur accipitur: merx peculiaris, etiamſi nihil ſit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum, ſi ſciente eo negotiabitur *l.* 1. §. 2. *h. t.* Superioribus convenit, ne merces dominicæ in tributum veniant, ſed tantum peculiares *l.* 11. §. 7. *D. de inſtit. act.*

Sequitur, cui, item adverſus quem, & ad quid detur tributoria actio. Datur autem creditori qui de merce peculiari contraxit cum eo qui in poteſtate eſt. Datur vero adverſus eum qui hunc in poteſtate habet, ut eo ſciente de ea contractum eſt a ſervo. Ad quid datur? ait Prætor, dari ad hoc, ut quod erit in merce peculiari, quodque ex ea receptum erit, ſingulis pro rata portione tribuatur. Inde obſervanda differentia inter hanc actionem & eam quæ eſt de peculio. non enim hæc actio, (ſic ait Paulus *l. 6. b.t.*) ſicut de peculio, occupantis meliorem cauſam facit, ſed æqualem conditionem quandoque agentium. Et valde placet hoc Ulpiani *l. 5. §. 19. b. t.* Tributio fit pro rata ejus quod cuique debeatur; & ideo, ſi unus creditor veniat deſiderans tribui integram portionem, conſequitur: ſed quoniam fieri poteſt, ut alius quoque vel alii exiſtere poſſint creditores mercis peculiaris, cavere debet creditor iſte, pro rata ſe refuſurum, ſi forte alii creditores emerſerint. Ulpianus *l. 7. b. t.* Illud quoque, inquit, cavere debet, ſi quid aliud emerſerit domini debitum, ſe ei pro rata refuſurum. finge enim conditionale debitum imminere, vel in occulto eſſe; hoc quoque admittendum eſt: nam injuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur. Datur igitur hæc actio adverſus dominum, ut tribuat. Quid ſi nolit tribuere, fugiens hanc moleſtiam; contra paratus, peculio vel mercibus cedere? Ulpianus *d. l. 7. §. 1.* ait, Pedium referre, audiendum eum; eamque ſententiam habere æquitatem. & plerumque arbitrum a Prætore debere dari, cujus interventu tribuantur merces peculiares. Quid, ſi tribuerit: ſed minus, quam debuerit? Ait Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* tributoriam in eum dari: ut quanto minus ſit tributum quam debuerit, præſtet, eamque actionem dolum malum coërcere. Ulpiano conſentit Julianus *l. ult. b. t.* Tributoria, inquiens, actione tunc demum agi poteſt, cum dominus in diſtribuendo pretio mercis Edicto Prætoris non ſatisfecit: id eſt, cum majorem partem debiti ſui deduxit, quam creditoribus tribuit. Minus autem tribuere videri, ait Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* etiamſi nihil tributum ſit. Quid, ſi ignorans in merce ſervum habere, minus tribuit? jam ait Ulpianus, non videri dolo malo minus tribuere: ſed re comperta, ſi non tribuat, dolo nunc non carere. proinde ſi ſibi ex ea merce ſolvi fecit, utique dolo videri minus tribuiſſe. ſed & ſi mercem perire paſſus eſt, aut eam avertit, aut vilioris data opera diſtraxit, vel ſi ab emptoribus pretium non accepit, teneri eum tributoria, ſi dolus intervenit *d. l. 7. §. 3.*

De proprietate hujus actionis ſic ait Ulpianus *l. 7. §. ult. b. t.* Hæc actio & perpetuo & in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit: & ſubjicitur ex Juliano *l. 8.* quia non de dolo eſt, ſed rei perſecutionem continet. Quare etiam mortuo ſervo dominus, item heres ejus perpetuo teneri debebit, propter factum defuncti, quamvis non aliter, quam dolo interveniente competat. Addit Ulpianus *l. 9.* quod in herede dicimus, idem fore & in cæteris ſucceſſoribus.

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicetur.

In limine Tituli præmonebo, eum qui cum ſervo contrahit, ſervum ipſum neque jure civili, neque jure Prætorio, ullo modo habere obligatum; ſed dominum dumtaxat de peculio jure Prætorio tenere. qui vero cum filiofamilias contrahit, duos habere debitores: filiumfamilias in ſolidum jure civili, & patrem jure Prætorio tantum de peculio *l. 44. D. de pecul.* adeo, ubi de filii, id eſt, liberi hominis, obligatione quæritur; parum refert, utrum ſui, an alieni, juris ſit: quando filiusfamilias ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias poteſt *l. 39. D. de oblig. & act.* quamdiu eſt in patris poteſtate: tamdiu enim manet idem qui eſt obligatus. ſed emancipatus a patre, fit alius: quia emancipatione, per imaginarias venditiones & ſequentes manumiſſiones adhuc fieri ſolita, quodammodo in ſervitutem detruſus, capitis deminutione novus homo factus jure Pandectarum creditur: ideoque mera ſubtilitate ea actione quæ ante adverſus eum competiit, ultra conveniri nequit. Ne tamen creditori ea re injuria inferretur; placuit Prætori Edicto de capite minutis, (quod extat *l. 2. §. 1. D. de capit. minut.*) illi adverſus emancipatum, perinde ac ſi capitis deminutio nulla intervenisſet, reſtituere actionem utilem, & quidem in ſolidum: ſicut ante in ſolidum competierat. Cæterum, cum progreſſu temporis experiundo intelligeretur, novo patrifamilias, & ut plerumque incidebat, non in re lauta adhuc conſtituto, hoc gravius eſſe; viſum Prætori alio Edicto, quod eſt poſitum ſub hoc Titulo, eum poſt capitis deminutionem quidem perinde conveniri, ac ſi nulla intervenisſet: at non jam in ſolidum, ſed hactenus ſaltem, quatenus facere poſſet. & notandum, quod hanc humanitatem Prætor non emancipato tantum filio hoc Edicto exhibuit: ſed ei quoque qui a patre ſit exheredatus, aut alioquin ſe a partris hereditate abſtinuit. Verba Prætoris ab Ulpiano *l. 2. D. h. t.*

D. h. t. talia produntur. *In eum qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abſtinuit ſe hereditate ejus cujus in poteſtate, cum moritur, fuerit, ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit, cum is in poteſtate eſſet, ſive ſua voluntate, ſive juſſu ejus in cujus poteſtate erit, contraxerit, ſive in peculium ipſius, ſive in patrimonium ejus, cujus in poteſtate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, cauſa cognita, dabo in quod facere poterit.* In hoc Edicto Prætor, ſi ejus verba ſpectamus, tantum auxilium præbet filio emancipato, itemque exheredato, aut abſtinenti ſe a patris hereditate. Sed Ulpianus *d. l.* 2. §. 1 motus benignitate Prætoris, ejus mentem longius porrexit: confirmans, æquiſſimum eſſe, cauſa cognita, etiam in alios dari actionem in id quod facere poſſunt: & adfert complura exempla. unum eſt: *ſi citra emancipationem ſui juris factus ſit.* Quis ille? Flamen Dialis: de quo ſcripſi *lib.* 1 *Tit.* 7. *De adoptionibus & emancipationibus.* Alterum exemplum eſt: *vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis deceſſerit.* Tertium exemplum eſt, *ſi quis ex minima parte ſit inſtitutus.* Imo *l.* 4. quæ conjungenda cum fine *d. l.* 2. ſic pergit: *Sed ſi ex parte non modica ſit ſcriptus heres filius, in arbitrio eſt creditoris, utrum in portione hereditaria, an in ſolidum eum conveniat. ſed & hic Judex æſtimare debet, ne forte in id quod facere poteſt, debeat condemnari.*

Ut revertar eo, unde incœpit interpretatio, apparet, Prætorem novo patrifamilias, ſi conveniatur ex contractu quem inivit filiusfamilias, ſubvenire, ne ultra quam facere poſſit, condemnetur. In herede non idem cenſet Ulpianus *l.* 4. §. 3. *h. t.* motus auctoritate Papiniani: lib. 9. Quæſtionum ſcribentis, in heredem filii actionem in ſolidum dandam. nempe opinatus ille eſt, privilegium filio a Prætore datum, heredi non datum, cum perſona filii extingui.

Ego ne illud quidem omittam, quod Prætor adverſus filium, patria poteſtate liberatum, actionem dans in id quod facere poteſt, loquitur de actione ex contractu, quoquo modo is fuerit celebratus, ſive ſua voluntate, ſive juſſu ejus in cujus poteſtate fuerit: amplius, ſive in peculium ipſius, ſive in patrimonium ejus, cujus in poteſtate fuerit, ea res redacta fuerit: uno Prætoris conſilio, curare; ne ex negotio ante geſto novus paterfamilias rigore juris a ſuo creditore ullo caſu opprimatur. Sic: ſi ex contractu conveniatur. quid, ſi ex delicto? non idem placet: quia Prætor de contractu loquitur; de delicto non loquitur. Atqui appellatione contractus etiam delictum cenſetur. Novi, me obſervaſſe ſupra ſub Titulo, *De rebus creditis,* ſed id ubi ſit, contractus malus indigitatur *l.* 52. *D. de re judicata.* nec voluit Ulpianus, ut decuit virum honeſtatis ſtudioſum, Prætoris cognitionem infuſcare conſilio adjuvandæ improbitatis: contra ait, ex delicto conventum, tamquam indignum Prætoris indulgentia, in ſolidum condemnari *d. l.* 4. §. 2. *h. t.*

Utilior & juſtior fuerit deliberatio, an in cognitione Prætoris etiam temporis haberi debeat ratio: ut, ſi quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id quod facere poteſt: ſin vero poſt multos annos, non debeat indulgeri? Ulpianus *d. l.* 4. §. 4 mihi, inquit, videtur rationem habendam eſſe: & præfatur, in hoc cauſæ cognitionem verti.

Dat igitur ex hoc Edicto Prætor adverſus filium emancipatum, exheredatum, & qui ſe patris hereditate abſtinuit, ex vetere contractu actionem, in quantum facere poteſt. non tamen vel ſic ſemper: ſed interdum in ſolidum: quia, ut modo cœpi dicere, cauſa cognita eam dat: id eſt, ita demum, ſi ei juſta cauſa videatur. Fac: aliquis in contrahendo eſt mentitus, ſe eſſe patremfamilias, cum eſſet filiusfamilias. is deinde a patre eſt aut emancipatus, aut exheredatus, aut ſe a patris hereditate abſtinuit. an convento poſt emancipationem, mortemve patris, Prætor ſubveniet; ne in ſolidum conveniatur, ſi facere non poſſit? non ſinit Ulpianus *l.* 4. §. 1. *h. t.* quam ob rem? ait, propter mendacium. Occurrit hic & alius reſpectus. ecce: pater filium, poſt contractum ab eo confectum, exheredavit, alio inſtituto herede. pater hunc rogavit, uti hereditatem filio reſtituat. reſtituta eſt ex Senatuſconſulto Trebelliano. poſtea conventus filius. quomodo condemnandus? non in quantum facere poteſt, ſed in ſolidum. Atqui a patre eſt exheredatus. Sit ita: ſed reſtituta ei hereditate ex Senatuſconſulto Trebelliano, ceſſat Edicti cauſa: quia etſi jure civili non ſit heres, tamen vi Senatuſconſulti jure Prætorio heredis loco habetur §. 4. *Inſt. de fideic. hered.* &, ut Paulus loquitur, quodammodo heres eſt *l.* 5. §. 1. *h. t.* Quid, ſi contra filius a patre heres inſtitutus, ac rogatus hereditatem reſtituere, nolit ſe ei immiſcere, ideoque ex ſecundo capite Senatuſconſulti Pegaſiani coactus immiſcuerit ſe, ut reſtituat hereditatem? immiſcuit ſe. ita eſt: ſed veriſſime Paulus *d. l.* 5. §. 2. perinde obſervandum eſſe ait, ac ſi ſe abſtinuiſſet.

TITULUS VI.

De Senatuſconſulto Macedoniano.

Superioribus Titulis intellectum eſt, ex contractu filiifamilias a patre habentis peculium, cum adverſus filium jure civili, tum adverſus patrem jure Prætorio, actionem dari. Præſens Titulus oſtendit, id fallere, data ei mutua pecunia, propter Senatus-

tuſconſultum Macedonianum: quo prohibetur; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dederit, eo nomine actio petitioque detur. Verba Senatuſconſulti Macedoniani hæc ſunt ex *l.* 1. *h. t.* *Cum inter cæteras ſceleris cauſas Macedo, quas illi natura adminiſtrabat, etiam æs alienum adhibuiſſet, & ſæpe materiam peccandi malis moribus præſtaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet. placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis ejus, cujus in poteſtate fuiſſet, actio petitioque daretur: ut ſcirent, qui peſſimo exemplo fænerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.* Integra ſunt hujus Senatuſconſulti verba. tantum deſunt Conſules qui de eo retulerint ad Senatum. ita non liquet tempus quo ſit factum. difficultatem auget diſcidium Taciti & Suetonii: quorum ille *lib.* XI. *Annal. c.* 13. hoc Senatuſconſultum adſcribit Claudio; hic Veſpaſiano *in ejus vita c.* XI. In componenda lite ſudavit Petrus Faber *lib.* 1. *Semeſtr. c. ult.* Sed præſtat conjectura Torrentii, *Notis ad Suetonium* exiſtimantis, Macedonianum Senatuſconſultum (legem generali vocabulo dicit Tacitus) factum Principe Claudio: ac poſt ejus mortem, per licentiam temporum deſuetudine obliteratum, deinde a Veſpaſiano in uſum fuiſſe revocatum, forte & aſperatum; ut ad Tacitum arbitratur Juſtus Lipſius.

Certior eſt origo nominis Macedoniani Senatuſconſulti: manifeſto ex ejus verbis, venire a quodam Macedone: qui ei multiplice ſcelere cauſam præſtitit. ſcio, rarius hoc accidere: & Leges ac Senatuſconſulta plerumque a ſuis auctoribus appellari. ne tamen vel illud ſine exemplo ſit, ſuffecerit Lex Scantinia de impudicitia: quam a Scantinio, impudico homine, in cujus odium lata eſt, nomen accepiſſe, dudum eſt ab aliis obſervatum. Cæterum quiſnam fuerit iſte Macedo, minime conſtat. Plinius *lib.* 3. *Epiſt.* 14. meminit cujuſdam Largii Macedonis, patre libertino nati, prætoriis ornamentis honeſtati: illum ſævum fuiſſe in ſervos, & in villa Formiana ab ipſis in balneo cæſum, tandem expiraſſe. At de præſente longe alia Senatus. ait, eum, præter cætera ſcelera, etiam adhibito ære alieno, peccandi materiam malis moribus præſtitiſſe; dum pecuniam crederet incertis nominibus. His vero verbis quid indigitet Senatus, non bene expediunt Doctiſſimi Viri. Meo judicio, *incerta nomina* ſunt *mala nomina*: quibus in fine Senatuſconſulti opponitur *bonum nomen.* Horatio dicitur *certum nomen.* Res talis eſt: fœneratores duri atque acerbi, boni tamen viri, pecunias ſuas non fœnerabant, niſi nominibus certis, id eſt, nominibus bonis, ſive quibus per leges, perque eorum fortunas, tuto credi viderentur. hi fœneratores, ut erant ſecuri ſortis, una erant contenti centeſima: quæ maxima quidem erat & graviſſima, at legibus permiſſa, unde & legitima appellata. contra improbi aut fatui fœneratores quærebant nomina mala, ſive, ut Senatus loquitur, incerta, id eſt, quibus non poterant tuto credi pecuniæ, ut filiisfamilias, prodigis, & luxurioſis. tales fœneratores non ſtabant intra unam centeſimam, ſive legitimam uſuram. ſub prætextu periculi quod credendo erant ſubituri, ſtipulabantur binas, ternas, quaternas, etiam quinas, centeſimas. Res incredibilis: at vera, nec minus improba. adoleſcentes certe tam immanibus uſuris exiguo tempore obruti ære alieno, atque inextricabili, dum viveret pater, ejus vitæ ſtruebant inſidias: parricidio inventuri, unde diſſolverent æs alienum. ita optimum factum Senatus: vetantis, mutuam pecuniam filiisfamilias dari; &, ſi contra factum eſſet, fœneratori eo nomine dari actionem petitionemque, non modo patre vivo, ſed mortuo quoque: ſcilicet, ut ne tunc quidem bonum fieret filiifamilias nomen, quod vivo patre erat malum. Dixi, quid mihi videatur de ratione ac providentia Senatus, pro inſtituto nunc breviter. uberius egi *lib.* 2. *De fænore & uſuris c.* 13. adductis ex vetuſtate teſtimoniis pulchris atque elegantibus, quæ ibidem vide, & juvabit vidiſſe.

Nunc age, ipſa Senatus verba conſideremus. Ait, *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, actio petitioque daretur.* Verbo, *Placere*, Senatus decretum indigitari, obſervavit Budæus, *Annot. ad Pandect. pag.* 136. Senſus, Decreviſſe Senatum, ne filiofamilias mutua detur pecunia. appellatione autem *Filiifamilias* Senatus indigitat filium in patris poteſtate conſtitutum: qualem filiumfamilias appellari, apparet ex *l.* 4. *D. de his qui ſunt ſui vel alieni juris.* nec refert, utrum natura, an fictione juris, in patris poteſtate ſit: nam filiosfamilias non ſolum natura, verum & adoptiones faciunt *l.* 1. *D. de adoptionib.* Hac igitur ratione Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Si, inquit, adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde ſit reſtitutus, ut emanciparetur, (qualis caſus occurrit in *l.* 32. *D. de adoptionib.*) Senatuſconſultum locum habebit: fuit enim filiusfamilias. Prohibet igitur Senatus filiofamilias mutuam pecuniam dari. De emancipato nihil addit. ideo, ſi illi data ſit pecunia mutua; ceſſat Senatuſconſultum: quia eſt patrifamilias data. Ratio differentiæ duplex: una, quod filiusfamilias nihil proprium habet jure civili: altera, quod pater poſſit inſidias metuere a filio qui in ejus domo ac familia ſit ære alieno obrutus. neutra ratio obtinet in filio emancipato: nam is eſt paterfamilias, eoque ſua habet bona. præterea eſt extra patris familiam; nec magis patri periculoſus, quam alius extraneus. Sic apparet, Senatui fuiſſe cauſam loquendi de filiofamilias, at non æque de filio emancipato. Quid, ſi pendeat, utrum in po-

poteſtate ſit filius, an non ſit. pone; patrem habet apud hoſtes. ait Ulpianus, eſſe in pendenti, an in Senatuſconſultum ſit commiſſum: nam ſi reciderit in poteſtatem patris, Senatuſconſulto locum eſſe: ſi minus, ceſſare: interim igitur denegandam eſſe actionem *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Fere præterieram, quod Senatus de filiofamilias loquens, nihil de ejus ætate, conditione, aut ſtatu addit. quin ſimpliciter ait, Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, actio petitioque daretur. argumentum id, ſufficere Senatui, filiumfamilias eſſe, cui credita ſit pecunia; nec referre ejus, utrum ſobrius ſit & parcus, an prodigus & luxurioſus: adoleſcens, an provecta ætate: privatus, an alius. credidit videlicet Senatus, optimos mores facile transfigurari in peſſimos. ſcivit etiam, neminem ætate aut dignitate jure civili filiumfamilias eſſe deſinere. Sed hoc oſtendi ſupra ſub Titulo, *De his qui ſunt ſui vel alieni juris.* & in præſentia obſervat Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* In filiofamilias, inquiens, nihil dignitas facit, quo minus Senatuſconſultum Macedonianum locum habeat: etiamſi Conſul ſit, vel cujusvis dignitatis. niſi forte caſtrenſe peculium habeat. tunc enim inſit, ceſſare Senatuseonſultum. quatenus? uſque ad quantitatem caſtrenſis peculii: cum filiifamilias in caſtrenſi peculio vice patrumfamiliarum fungantur *l.* 2. *D. d. t.*

Superior labor hæſit circa filiumfamilias. ſequens erit circa filiamfamilias. de ea ſilet Senatus. ſed pronunciatio ſermonis in ſexu maſculino ad utrumque ſexum plerumque porrigitur *l.* 195. *D. de verb. ſignif.* pari præſertim utriuſque ratione. in propoſito vero quid intereſt, utrum filiifamilias, an filiæfamilias, luxuria in necem patris mutua pecunia inſtruatur? Pulchre hoc, pro ſua prudentia, animadvertit Ulpianus *l.* 9. §. 2. *D. h. t. Hoc*, inquiens, *Senatuſconſultum ad filias quoque familiarum pertinet.* Demus: perdita pecunia. Sed quid, ſi *adfirmetur; ornamenta ex ea pecunia comparaſſe?* Hanc difficultatem occupat Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 9. & Ornamenta muliebria deſignat; eaque in *l.* 25. §. 10. *D. de aur. arg. mund.* ait, eſſe inaures, armillas, viriolas, anulos & omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, niſi corporis ornandi cauſa: quo ex numero etiam eſſe aurum, gemmas, lapillos, alia; omniaque diſtinguit a mundo muliebri: ſicut Paulus *l.* 37. *D. eod. tit.* ab his ſeparat veſtes: ſpectata verborum proprietate. At Ulpianus in *d. l.* 9. §. 2. non hanc quærit, ſed exemplum luxuriæ muliebris; nec eo excludit alia: pari in omnibus foeminarum inſania. Cato apud Livium *lib.* 34. *Quid honeſtum dictu ſeditioni prætenditur muliebri? ut auro & purpura præfulgeamus, inquiunt:* & mox, *Ne ullus modus ſumptibus, nec luxuriæ ſit.* Jam Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 9. *Video uniones non ſingulos ſingulis auribus comparatos: jam enim exercitatæ aures oneri ferundo ſunt. junguntur inter ſe, & inſuper alii binis ſuperponuntur: non ſatis muliebris inſania viros ſubjecerat, niſi bina ac terna patrimonia auribus pependiſſent. video ſericas veſtes, ſi veſtes vocandæ ſunt, in quibus nihil eſt, quo defendi aut corpus aut denique pudor poſſit: quibus ſumptis mulier parum liquido nudam ſe non eſſe jurabit. Hæc ingenti ſumma ab ignotis etiam ad commercium gentibus accerſuntur.* In tanto fœminarum luxu eat nunc fœnerator, & clamet, filiamfamilias, verbi gratia, ornamenta comparaſſe ex pecunia mutua, atque ea extare. Niſi parata Ulpiano reſponſio eſt, *Non ad rem pertinere*: addita hac ratione, *Nam ei quoque qui filiofamilias credidit, decreto Ampliſſimi Ordinis actio denegatur: nec intereſt conſumpti ſint nummi, an extent in peculio.* Abſit igitur, ut indulgeatur infirmitati ſexus muliebris, luxurioſe viventis. contra probo hoc Ulpiani, *Multo magis ſeveritate Senatusconſulti, ejus contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit. d. l.* 9. §. 2.

Quod de filiafamilias dixi, an in nepote, & pronepote obtineat, quæri ſolet. hinc facit, quod aliter filius, aliter nepos, appellatur §. *ult. Inſt. Qui teſtam. tut. dar. poſſ.* inde, quod in *l.* 201. *D. de verb. ſignif.* dicitur juſta interpretatione recipi; ut appellatione filii ſicut filiafamilias ſæpe continetur; ita & nepos contineatur, & patris nomine avus quoque comprehendatur. Quid dicimus? convenire ſimilitudini rationis; ut in propoſito a verbi proprietate recedatur: cum hoc quoque ſuadeant ſequentia Senatusconſulti verba: *Etiam poſt mortem parentis cujus in poteſtate ſit.* clare enim evincunt, Senatum appellatione filiifamilias non tantum filium exaudire, ſed nepotes quoque & pronepotes: qui ut ſint in poteſtate avi vel proavi, tamen in parentis poteſtate eſſe, negari non poſſunt: cum procul dubio avi & proavi ſint parentes *l.* 4. §. 2. *D. de in jus voc.* imo vel ipſi, ut modo tradidi, patris appellatione juſta interpretatione veniunt. Sed mitto argumenta: quando Philippus A. & Philippus C. *l.* 6. §. 1. *C. h. t.* ita palam reſcripſerunt: *Quod Senatuſconſulti auxilium licet filiifamilias meminerit, & ad nepotes & pronepotes porrigitur.* Hæc, ſi nepos ultro acceperit pecuniam mutuam. at pone: filium habeo, & ex eo nepotem. huic creditum eſt juſſu patris ejus. an eſt factum contra Senatuſconſultum? Julianus *l.* 14. *D. h. t.* cum de eo rogatum eſſet, dixit: *Etiamſi verbis Senatuſconſulti filii continerentur, tamen & in perſona nepotis idem ſervari debere. Juſſum autem hujus patris non efficere, quo minus contra Senatuſconſultum creditum exiſtimaretur, cum ipſe in ea cauſa eſſet, ut pecuniam invito patre ſuo accipere non poſſit.*

Ait Senatus, *Mutuam pecuniam.* Is igitur ſolus Senatuſconſultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias

lias contraxit: puta, vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Qua ratione? optima, ſi audimus Ulpianum *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* ea ratio eſt: quod pecuniæ datio pernicioſa parentibus eorum viſa eſt. Sed quid? non numeravi filiofamilias pecuniam: ſed in creditum abii illi ex cauſa emptionis, verbi gratia, ſtipulatus rei venditæ pretium. an locum habebit Senatuſconſultum? Dices: non intereſt; utrum tibi dem pecuniam; an patiar, eam quam habes, apud te remanere. eſt enim utroque caſu mutuum: quod Senatus vetuit. Atque ita eſt prima ratione, quo ad verba Senatuſconſulti. ſed Ulpianus *d.* §. 3. id factum exigens ad ejus mentem, aliter cenſet: præfatus, quod pecuniæ numeratio non concurrit. Senſus Ulpiani: quod filiofamilias data pecunia, ſubminiſtratur quod perdat. id autem noluit Senatus. at cum pecuniam debitam retinet, creditore conſentiente, non accipit plus, quam habuit. certe ſecunda conventio ei non adfert novam luxuriæ materiam: quamvis emptionem in mutuum transferat quadam juris ſubtilitate. igitur nec eo facit contra mentem Senatus. Sic Ulpianus, ac probantibus Severo & Antonino *d. l.* 3. *C. h. t.* hac egregia ratione: *Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis conſiderandus eſt.* Prohibet igitur Senatus filiofamilias mutuam pecuniam dari. alios contractus cum illo fieri, non prohibet. Tamen vel hoc demum placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 3. *D. h. t* ſi non fraus Senatuſconſulto ſit cogitata: ut qui credere non potuit, magis ei venderet; ut ille rei pretium haberet in vicem mutui. Similis Ulpiani obſervatio eſt; ſi filiusfamilias fidejuſſerit. motus enim Neratii ac Celſi ſententia ait, & tum ceſſare Senatuſconſultum: ſed Julianum adjicere, ſi color quæſitus ſit, ut filiusfamilias, qui erat mutuam accepturus pecuniam, fidejuberet alio reo dato: fraudem Senatuſconſulto factam creditori nocere, & dandam tam filiofamilias, quam reo exceptionem: quoniam & fidejuſſori filiifamilias ſubvenitur *l.* 7. *D. h. t.*

Vidimus, Senatuſconſulto prohiberi, ne filiofamilias mutua detur pecunia. Exſpectas tradi; utrum ſola deſignetur datio numeratæ pecuniæ, an omnium quæ mutua dari ſolent. Hanc litem dirimit Ulpianus *l.* 7. §. 3. *D. h. t.* ſic ſcribens: *verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim Senatus, Mutuam pecuniam dediſſet.* Senſus Ulpiani: quod appellatio pecuniæ late patet: præter numeratam pecuniam, & quantitates & corpora complectens: verum hic coanguſtatur appoſito verbo. non enim vetat Senatus, pecuniam dari: ſed vetat, mutuam pecuniam dari. qua adjectione facta, nil neceſſe fuit, quærere; an ſub pecuniæ appellatione in Senatuſconſulto corpora comprehendantur: (quod alioquin certiſſimum eſt *l.* 178. *D. de verb. ſignif.*) nam mutuum non recipit corpora: ſolas recipit quantitates. at nec omnes has Senatus indigitat; licet omnes poſſint mutuæ dari. alioquin ſufficiebat mutui mentio, & ſupervacua erat pecuniæ adjectio. ita vero efficitur ex ſententia Ulpiani: ut Senatus, nolens mutuam pecuniam filiofamilias dari, non videatur omnem prohibere mutui formam, ſed unam numeratæ pecuniæ. Si tamen fraus ſit Senatuſconſulto adhibita; puta, frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his diſtractis fructibus filiusfamilias pecunia uteretur: & hic ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 7. *D. h. t.* filiofamilias ſubveniendum eſſe.

Vetat igitur Senatus, numeratam pecuniam filiofamilias mutuam dari. utrum ſub uſuris, an ſine uſuris. Hoc ſuadeat verbi proprietas: quam pulchre indicat hoc Pedonis Albinovani.

Vita data eſt utenda, data eſt ſine fœnore nobis
Mutua, non certa perſolvenda die.

Nonius quoque: verba Nonii. *Mutuum a fœnore hoc diſtat, quod mutuum ſine uſuris: fœnus cum uſuris ſumitur, & eſt accepti fœtus. unde & fœnus dictum eſt, ut Græce* τόκος, *quaſi partus mutui ſumpti. Plaut. Aſinar.* Nam ſi mutuo non potero, certum eſt, ſumam fœnore. *Unde honeſtius eſt, quod ſub amico affectu fiat, tamen uſu temporis neceſſarii fœnore ſumere decet.* Sic quidem illi. At Ulpianus in *l.* 7. §. 9. *D. h. t.* contra ſcribit: *Sive ſub uſuris mutua data ſit, ſive ſine uſuris, ad Senatuſconſultum ſpectat.* Ulpianus verbi vim non ex ejus proprietate æſtimat; ſed, quod res poſtulat, ex mente & ſententia Senatus: qui vetans, filiofamilias credi mutuam pecuniam, id eſt, gratis utendam ſine uſuris, æque aut magis noluit, ei pecuniam dari ſub uſuris, id eſt, non gratuitam. Non eſt, quod hæreamus: toto Senatuſconſulto præſertim ſpectante ad fœnus, peſſimo exemplo exerceri a Macedone ſolitum. Quid, ſi hoc Senatuſconſultum ab hac re in *l* 3. *C. h. t.* vocatur Senatuſconſultum quo fœnerare filiisfamilias eſt prohibitum? In primis vero huc pertinet, quod in fine Senatuſconſulti ſubjicitur: *Ut ſcirent qui peſſumo exemplo fœnerarent.* Igitur improbat Senatus utrumque tam fœnus, quam mutuum.

Non minus meretur annotari: quod Senatus non vetat, mutuam pecuniam filiofamilias promitti; ſed vetat, illi mutuam pecuniam dari. ait enim, *Placere; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, actio petitioque daretur.* Sit igitur mutua pecunia filiofamilias dari promiſſa ſtipulatione, & mox credita, id eſt, mutua data patrifamilias emancipatione facto: ait Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. h. t.* ceſſare Senatuſconſultum: eo quod promiſſa quidem filiofamilias eſt pecunia mutua, ſed eſt jam patrifamilias data. quod Senatus non prohibuit. Et opportune ſubjicitur ex Scævola *l.* 4. *Quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum eſſe, ſed ad nume-*

rationem. id eſt, non ad ſtipulationem, quæ interrogatione & reſponſione conſtat; ſed ad dationem, pecuniæ numeratione fieri ſolitam. Ergo hic (quod ex Paulo additur *l.* 5.) & in ſolidum damnabitur, non in id quod facere poteſt, quamvis exheres a patre vel emancipatus ſit. Poſſim videri, quantum ſatis, adjuviſſe Ulpianum in *d. l.* 3. §. *ult.* niſi adhuc obſcura eſſent hæc ejus verba: *Sive capite deminutus ſit, ſive morte patris, vel alias ſui juris ſine capitis deminutione fuerit effectus.* Quis enim Ulpiani tempore, præter mortem, fuit modus tollendæ patriæ poteſtatis ſine capitis deminutione? jure novo eſt dignitas patriciatus *l.* 3. *C. de Conſulibus.* ſunt & aliæ in *Novell.* 81. *c.* 1. *& ſeqq.* ſed hos modos a Juſtiniano inventos ignoravit Ulpianus. an igitur a Triboniano inflexum dicemus ad jus novum? mihi non videtur, ſed reſpicere ad dignitatem Flaminis Dialis, & Virginis Veſtalis: quos ea tempeſtate a patria poteſtate ſine capitis deminutione exiiſſe, ſupra probavi ſub Titulo, *De adoptionibus, ad fin.*

Huc uſque oſtendi, a Senatu prohiberi, ne filiofamilias mutua pecunia detur. Sequens locus dicet, quid juris ſit, ſi contra factum dicatur. Ait Senatus: *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis cujus in poteſtate fuiſſet, actio petitioque daretur.* In his verbis animadvertit Marcianus odium Senatus contra fœneratorem *l.* 40. *D. de condict. indeb.* Ulpianus *l.* 9. §. 2. *D. h. t.* dicit ſeveritatem Senatus: & in §. 4. *d. l.* ait, ea liberationem fieri ob pœnam creditorum. Indicavi pœnam; nondum formam: cum poſſit metui, ne fœneratoris actio petitioque hac locutione, *Ne actio petitioque detur*, ipſo jure infirmetur. Sed Veteres aliter interpretati ſunt. & clare Ulpianus in *l.* 11. *D. h. t.* ait, *Non oppoſita exceptione Senatuſconſulti, ſequi condemnationem.* Igitur cum ſcirent Veteres, filiumfamilias ex omni cauſa, tamquam patremfamilias, obligari *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Senatui vero eſſe jus aliquam rem, aut aliquam perſonam, movente utilitate, legibus eximere, etſi non ſoleat eas directo abrogare: ſic acceperunt Senatus verba; quaſi reſpicerent ad effectum inſtitutæ actionis: arbitrati, dandam quidem fœneratori eſſe actionem eam poſtulanti certo jure civili: ſed datam ſine re eſſe relinquendam, tamquam inutilem. Sic dedit Prætor auctoritati Senatus; ut, ſi manifeſtum ſit, mutuam pecuniam eſſe filiofamilias datam contra voluntatem Senatus, deneget fœneratori actionem: alioquin det cum exceptione, Extra quam ſi pecunia mutua data ſit adverſus voluntatem Senatus. qua oppoſita, is eſt exitus: ut nihil interſit, utrum nulla ſit actio petitioque; an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.*

Proximum eſt, quid Senatus actionis petitioniſque appellatione deſignet. plerumque actio dicitur quæ in perſonam, petitio quæ in rem, datur *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* in propoſito autem in perſonam actio eſt, condictio certi ex mutuo, vel ex ſtipulatu: petitio ſola hypothecaria, pignore in ſecuritatem mutui obligato. nam de rei vindicatione non cogitavit Senatus: quia dominio ex cauſa mutui in debitorem tranſlato, creditor dominus eſſe deſiit: ideoque non habet pecuniæ vindicationem, ne extantis quidem.

Ut igitur apparet, denegatur fœneratori actio petitioque, credita filiofamilias pecunia: utique, ſi ſit per luxuriam conſumpta. imo vel in peculio adhuc extante. Durum hoc; non nego: ſed generalia ſunt Senatus verba, *Ne actio petitioque daretur:* & ſecundum hæc Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t.* *Nec intereſt*, inquit, *conſumpti ſint nummi, an extent in peculio.* At enim iniquum eſt, aliquem cum alterius injuria fieri locupletiorem. Quid, ſi id fallit, quoties alicui, ut in præſenti, pœnæ cauſa quid adimitur? illa enim legibus inflicta, ob communem utilitatem, licet damnum inferat, non intelligitur damnum inferre. ac valde probandum, quod a Tryphonino obſervatum *l.* 31. *D. depoſiti*, cum de æquitate quæritur, multum referre, quomodo æſtimetur; utrum ad merum jus gentium, an magis cum præceptis civilibus & Prætoriis. nam ad merum jus gentium eam exigentibus, procul dubio reſtituenda fœneratori erit pecunia extans: ſed ſi jus civile intuemur & legum ordinem; non fuerit abſurdum, male meritum de republica, quo aliis exemplo ſit ad deterrenda maleficia, egeſtate laborare.

Cæterum ut non refert Senatus, utrum conſumpta ſit pecunia, an extet: ſic nec intereſt ejus, qualis ſit fœnerator, qui eam filiofamilias mutuam dederit. Non ibo longe: ipſe ait Senatus; *Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, actio petitioque daretur.* Generalis eſt hic ſermo: *Ne cui:* & ideo (ut Marcianus ait *l.* 15. *D. h. t.*) nihil intereſt, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an civitas. Ejus quod de privato dicit, facile conſtat ratio. at in civitate ſubſiſtas. quis enim præſumat, deventuram eo malitiæ; ut aut ipſa aut ejus actores ſuſtineant materiam præſtare malis moribus? Sed Marciano viſum, in civitate quoque locum habere Senatuſconſultum, & ita inquit D. Severum & Antoninum reſcripſiſſe: exiſtimantes videlicet, quod in Macedone expertus eſt Populus Romanus, ejuſmodi eſſe, ut ab omnibus timendum ſit: ideoque non tam eſſe animadvertendum, quis crediderit, quam cui; cum utique ei fœneret malo exemplo, tametſi alioquin non peccet animo.

Hæc; ſi fœnerator ſcivit, ſe filiofamilias dare mutuam pecuniam. ſed finge, ignoraſſe. nihil, inquis, excipitur. multa tamen, quamvis non excipiantur, intelliguntur. ac ſi rem

recta

recta putamus via: quæ cauſa Senatui puniendi fœneratorem? niſi quod pecuniam filiofamilias dedit ſciens, eſſe filiumfamilias: ſive conſilio peccavit, ſive juris ignorantia: quæ non habet excuſationem. Non ita eſt in ignorante, eſſe filiumfamilias: hic enim voluit, pecuniam dare patrifamilias: quod non prohibet Senatus. credidit tamen filiofamilias: lapſus errore facti; cum putaret, patremfamilias eſſe. teneatur igitur Senatus verbis: adverſus quæ dedit pecuniam. at ejus ſententia excuſatur: nolens offendere Senatus voluntatem. Vidit hoc Julianus *l.* 19. *D. h. t.* dicens, nulli obſtare exceptionem; niſi qui ſciret, aut ſcire potuiſſet, filiumfamilias eſſe, cui pecuniam credidit. Exemplum in *l.* 1. *C. h. t.* io filio: qui in patris poteſtate exiſtens, mutuam pecuniam accepit, cum ſe patremfamilias diceret, ejuſque affirmationi crederetur, non ſimpliciter, ſed juſta ratione. puta, (quod ex Juliano ponit Ulpianus *l.* 3. *pr.* & § 1. *D. h. t.*) creditor putavit, patremfamilias eſſe eum cui pecuniam dedit, non vana ſimplicitate deceptus, nec juris ignorantia, ſed quia publice pleriſque paterfamilias videbatur. ſic agebat, ſic contrahebat, ſic muneribus fungebatur, ſic denique conducta habebat vectigalia: quæ, ut videtur, ſolis licebat patribusfamilias conducere. Id ſi in facto liqueat: ait Ulpianus, Julianum ſequutus, ceſſare Senatuſconſultum; itaque reſcriptum eſſe, forte *l.* 2. *C. h. t.* & recte, quia non creditor peccavit, ſed pater: qui aut ſcivit, ſuum filium ſe ſic gerere pro patrefamilias; & debuit hoc prohibere: aut neſcivit; & imputet ſibi quod in mores filii non inquiſivit. utcumque, ad curam ejus pertinuit; ne eo modo alius per filium quem in poteſtate habebat, deciperetur.

Ex ſuperiore quæſtione, ut fit, naſcitur ſequens apud Ulpianum *d. l.* 3. §. 2. quid juris ſit in pupillo, ſi pecuniam filiofamilias mutuam dedit? ait autem Ulpianus, hunc per ætatem non potuiſſe ſcire, an ſit filiusfamilias: ideoque Julianum putare, ceſſare Senatuſconſultum. addit, cum nec aliter ſentire in minore viginti quinque annis. Sed ipſe in minore ſubſiſtit: dicens, ei a Prætore eſſe cauſa cognita ſuccurrendum per in integrum reſtitutionem: qua de ſupra libro IV. ſub Titulo, *De minoribus*; In pupillo autem non reſiſtit quidem Juliano; ſed ait, eum debuiſſe etiam alia ratione inhibere Senatuſconſultum: eamque rationem eſſe: quod pecunia quam pupillus ſine tutoris auctoritate det mutuam, non fit mutua. & a ſimili hoc adfert argumentum: quod ipſe Julianus ad eumdem modum opinatur, Si filiusfamilias filiofamilias crediderit pecuniam, ceſſare Senatuſconſultum: eo quod non fit mutua pecunia; quamvis habuerit liberam peculii adminiſtrationem. Quam ob rem? ait, quod filiusfamilias pecuniam filiofamilias mutuam dando, eam perditurus eſt ſeveritate Senatuſconſulti; pater autem indulgens ei peculii adminiſtrationem, non concedit ei jus perdendæ, ſed adminiſtrandæ, pecuniæ: & ideo patri ſupereſſe nummorum vindicationem.

Difficilior in *l.* 3. §. 7. *D. h. t.* eſt deliberatio in duobus credendi reis: quorum unus filiofamilias mutuam numerat pecuniam: alter ab eo ſtipulatur. ſi unus ſciat, alter ignoret, filiumfamilias eſſe: ait Ulpianus, ſeverius dicendum, (ſic legendum) utrique nocere. videlicet, quia unitate obligationis in utriuſque perſona conſiſtentis, efficitur; ut a ſciente liberatus filiusfamilias, etiam ab ignorante liberatus eſſe intelligatur. non quaſi alteri per alterum noceatur: ſed quod actio in perſona unius infirmata, ne alteri quidem prodeſſe poteſt. Sic Ulpianus: & obſervanda hæc ejus locutio: *Severius dicendum* eſt: cum præſertim indicet, Ulpianum ſicut alias ſic hic, in Senatuſconſulti explicatione, ſeveriorem ſententiam ſequi odio ſœneratorum: quibus minime faveri voluit Senatus, quamquam alioquin paſſura non videatur æquitas alteri per alterum noceri.

Vice verſa, ponamus duos filiosfamilias debendi reos ejuſdem pecuniæ creditæ: & creditori unius conditionem innotuiſſe, alterius non innotuiſſe. an uterque vel hic liberatus cenſeri debet? Ex ſententia Ulpiani (quæ eſt in *l.* 7. §. 8. *D. h. t.*) intereſt, ad quem pervenerit pecunia: nam ſi data ſit ei quem creditor ſcivit filiumfamilias eſſe: ait Ulpianus, Senatuſconſulto locum eſſe: quia utique pecunia filiofamilias eſt credita; ideoque non unum modo, ſed alterum quoque, liberari. quod ſi pecunia ſit data ei quem creditor ignoret, filiumfamilias eſſe; jam magis eſſe, ut uterque teneatur: nam errorem creditoris excuſari ob eum qui pecuniam accepit; in altero nihil fieri contra voluntatem Senatus: nolentis, pecuniam filiofamilias a ſciente dari: quod hic factum non eſt.

Apparet igitur, exceptionem a Senatu permitti adverſus actionem, petitionemque fœneratoris, mutuam pecuniam filiofamilias dantis. idemque obſervandum in ſucceſſoribus ejus: nam & his denegandam actionem eſſe, Ulpianus cenſet *l.* 7. §. 6. *D. h. t.* Cæterum cui danda hæc exceptio ſit, non indicat Senatus. Poteſt igitur videri, eam in rem dediſſe: exiſtimantibus Veteribus, legem aliquid ſine deſignatione perſonæ jubentem vetantemve, in rem, id eſt, generaliter, jubere vel vetare. notavi talia ſub Titulis, *Quod metus cauſa*, item *De petitione hereditatis*, & *Ad exhibendum*. Horum exemplo hic putemus, exceptionem a Senatu generaliter dari omnibus adverſus quos, abſque Senatuſconſulto eſſet, actio daretur ex mutuo filiofamilias dato: non quod de his palam loquutus ſit Senatus: ſed quod Veteres ex uſu juris interpretati Senatus verba, ea ſic acceperunt, quaſi com-

prehendant omnes quibus competeret actio, niſi eis Senatuſconſulti ſeveritate denegaretur. Hac ratione de herede conſentit Ulpianus, ſi filiusfamilias deceſſerit paterfamilias; & de patre, ſi filiusfamilias deceſſerit *l.* 7. §. 10. *D.* & *l.* 6. *C. h. t.* Plus ait Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. eod.* etiam fidejuſſori & mandatori adverſus creditorem exceptione Senatuſconſulti ſuccurri. utique, ſi & ipſi habeant ex mandato regreſſum adverſus filiumfamilias. nam ſi donandi animo interceſſerunt: tunc, quia non habent regreſſum, non putat locum habere Senatuſconſultum. Sic Ulpianus. Cur tam varie: cum ſimpliciter loquatur Senatus? Nimirum, creditor petens a fidejuſſore, regreſſum habente adverſus filiumfamilias pro quo interceſſit, vi ipſa petit a filiofamilias: quippe cum fidejuſſor ſolutum debitum a filiofamilias repetit mandati actione; non refert filiifamilias, utrum fidejuſſori, an creditori, ſolvat debitum. Non ita eſt, ubi fidejuſſor pro filiofamilias intervenit donandi animo, eoque regreſſum adverſus eum non habet. quia præſertim agit Senatus: ut patris ſecuritati conſulat: idque etiam obtinebit tum, cum actionem creditori permittit adverſus fidejuſſorem aut mandatorem; qui filiumfamilias, ejuſve patrem, heredeſve repetere non poteſt.

Vidimus, quando Senatus, a fœneratore data filiofamilias mutua pecunia, cum coërceat exceptione adverſus ejus actionem petitionemque. etiam vidimus aliquot caſus quibus temperata ex mente Senatus ſit ea ſeveritas. reſtant pauci in *l.* 2. *C. h. t.* annotandi. ſunt autem illi recepti interdum ex perſona patris, interdum ex perſona filiifamilias: nam de creditoris parte ante dictum eſt. a parte patris duo occurrunt: unus eſt, ſi pecunia filiofamilias patris voluntate credita ſit. alter, ſi verſa ſit in rem patris. utriuſque juſta ratio eſt: ſola Senatus cura, ne pater habeat a filio metuere injuriam: quæ volenti non fit. jam ſi pecunia a filiofamilias mutuo ſumpta, in rem patris vertitur: eſt hic exitus; ut neque vitium habeat, neque in Senatus reprehenſionem cadat. æquum igitur eſt, ceſſante Senatuſconſulti ratione, ceſſare ejus ſeveritatem. De utraque videamus ſpecie. prior habet patris voluntatem. hæc ejus mandato aut juſſu perficitur; nec minus tacito conſenſu ſcientis, & cum poteſt, non prohibentis *l.* 7. §. 11. *l.* 12. *l.* 16. *h. t.* An & ratihabitione? Veteres dubitarunt: ſed Juſtiniano *l. ult. C. h. t.* viſum, patris ratihabitionem vel principali patris mandato, vel ejus conſenſui non eſſe abſimilem; & ideo generaliter retrotrahi ac confirmari ea quæ ab initio ſubſequuta ſunt. ſic vero ſignificat, præcedentem filii obligationem ſequente patris ratihabitione confirmari, cum adverſus patrem, tum adverſus filiumfamilias, ejuſque fidejuſſores: quibus exceptio, abſque ratihabitione foret, certo jure competiiſſet. Atqui exceptio fidejuſſoribus adquiſita, non poteſt iis invitis auferri. Sed poſtquam obtinuit, ratihabitionem retrotrahi, perinde eſſe cœpit, ac ſi obligatio ſemper conſtitiſſet; nec exceptio umquam adverſus eam competiiſſet. Cæterum quomodo fiat ratihabitio, palam, an tacite, parum refert. exemplo res clara *l.* 7. §. 15. *D. h. t.* nec opus explicatione. Eſt & alia, præter ſuperiorem, cauſa denegandæ exceptionis: ſi pecunia mutua data filiofamilias ab eo verſa ſit in rem patris *d. l.* 2. *C. h. t.* ſive eam hoc animo accepit, ut in rem ejus verteret; ſive ab initio non ſic accepit, ſed poſtea in rem patris vertit: nam & tum intelligendum, eſt ab initio accepiſſe, ut in rem verteret. Quod ſi mutuam pecuniam acceptam patri ſolvit in proprium debitum, non videtur vertiſſe: & ideo ſi pater ignoravit, adhuc erit Senatuſconſulto locus *d. l.* 7. §. 12. Aliter dicitur in eo, qui ſtudiorum cauſa abſens, mutuum acceperat: utique, ſi probabilem modum, id eſt, quantitatem a patre ſolitam ſubminiſtrari, non exceſſit *d. l.* 7. §. 13. Similiter ceſſat Senatuſconſulti exceptio, ſi filius accepit mutuam pecuniam; ut liberaret eum: qui ſi peteret, exceptione non ſubmoveretur *d. l.* 7. §. 14. Quid, ſi acceperit mutuam pecuniam; ut eam pro ſorore ſua daret in dotem? ait Paulus *l.* 17. *h. t.* patrem teneri actione de in rem verſo: præfatus, ipſi mortua in matrimonio puella dotis repetitionem dari.

At non tantum ex perſona patris, ſed etiam ex perſona filii, ceſſat Senatuſconſultum. & eſt exemplum in *d. l.* 2. ſi filius ſuæ poteſtatis conſtitutus, fidem ſuam obligavit facta novatione. qua ratione? quia jam non manet vetus obligatio quam fecit filiusfamilias, prohibente Senatu: ſed eſt nova, facta a patrefamilias, quam Senatus neque vetat, neque improbat. Idem, ſi filiusfamilias factus paterfamilias, alio quocumque modo agnoſcat debitum: nam ſic perinde habetur, ac ſi a patrefamilias eſſet contractum: quia a filiofamilias contractum, & a patrefamilias impletum ſolutione, verbi gratia, in totum, vel pro parte, a patrefamilias approbatum eſſe, negari nequit. quare ſi paterfamilias in totum aut ex parte ſolvat pecuniam quam filiusfamilias acceperat mutuam: neque ſolutam repetit, & de reliqua conventus, non utetur Senatuſconſulti exceptione *l.* 7. §. *ult. D. h. t.* Quid, ſi pignus det? vel eo agnoſcit debitum. eſt enim pignus acceſſio debiti. illud vero ſine hoc eſſe numquam poteſt. igitur pignore a patrefamilias conſtituto in ſecuritatem debiti, quod contraxit filiusfamilias; quis dubitet, & ipſum debitum ab eo agnitum firmatumque eſſe. Utrum tamen totum, an ad modum pignoris? Hoc conjunctio *l.* 7. §. *ult.* cum *l.* 9. *h. t.* ſuadet. ſunt enim ex eodem lib. 29. Ulpiani ad Edictum, & olim cohæſerunt

hoc

hoc modo: *Si paterfamilias factus ſolverit partem debiti, ceſſabit Senatuſconſultum: nec ſolutum repetere poteſt. Sed ſi paterfamilias factus, rem pignori dederit, dicendum erit, Senatuſconſulti exceptionem ei denegandam uſque ad pignoris quantitatem.* Ratio differentiæ inter ſolutionem & pignus non una adfertur ab eruditis Interpretibus. Sed, quod ſit dictum cum prolixa eorum pace, nulla ſapit. nec tamen a me impetro, ut quæram novam: quia non facile invenietur vera: illa differentia, quantum conjicio, magis ab auctoritate alicujus, olim regnum in Foro habentis, quam a certa ratione profecta. Sæpius contigerunt talia. & ſimile quid deprehendi alibi in Servio Sulpicio: inter quem & Gallum Aquilium in Fori diſputatione fuit dubitatum: utrum jus oneris ferendi eſſet prædii ſervitus. natura ſervitutis ſubnixa erat Galli ſententia: negantis, ſervitutem ita poſſe imponi. ſed evaluit contraria Servii in propoſita ſpecie, ut poſſit quis defendere, jus ſibi eſſe, cogere adverſarium, parietem reficere ad onera ſua ſuſtinenda. Hoc ex Ulpiano *l. 6. §. 2. D. Si ſervit. vindic.* obſervavi ſupra ſub Titulo, *Commun. præd.* & ante *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c. 19.*

Mitto illa: quod dixi, agnitione debiti facta a patrefamilias, confirmari debitum mutuæ pecuniæ filiofamilias datæ, ita verum eſt, ſi a ſciente fiat agnitio: nam ſi contigerit errore facti, ait Pomponius *l. ult. h. t.* licere obligato, ſe tueri exceptione in factum *l. ult. D. h. t.* Adhuc addam, eam debiti agnitionem in perſona filiifamilias demum procedere, poſtquam eſt paterfamilias factus. nam ſi debitum adgnoſcat, cum eſt in poteſtate: inutilis eſt agnitio, tantum firmatura mutuum, a Senatu improbatum. quid ſi ſolvat, repetetne ſolutum? Non puto. & eſt ratio: quia naturalis obligatio manet. *l. 9. §. pen. junct. §. ult. & l. 11. D. h. t.* pater tamen repetet a filio ex re ſua ſolutum, atque ut Ulpianus ait *d. l. 9. §. 1.* ex omni eventu: id eſt, ſive conſumpta ſit pecunia, ſive extet. Sic Ulpianus, & allegat Julianum. Idem tamen in *l. 14. D. de reb. cred.* quæ eſt ex eodem libro ex quo eſt *d. l. 9.* id negat: & ut utitur auctoritate Marcelli, a Juliano paſſim recedentis; non inveriſimilis eſt ſententia V. Cl. Jacobi Cujacii *lib. 14. Obſerv. c. 35.* inanem fore operam ſperantis, conciliare eos qui conciliari nolint.

Poſtremo ait Senatus: *Ut ſcirent qui peſſimo exemplo fœnerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.* Sufficit igitur Senatui, a fœneratore peccari exemplo, etſi non peccetur conſilio. quod & alibi obſervatur *l. 3. §. 2. D. Ad Leg. Cornel. de ſicar. & l. 38. §. 5. D. de pœnis.* Hiſce porro verbis, *Expectata patris morte*, rem odioſam ac nefariam a Senatu ſignificari, ipſo prope ſono intelligitur. convenit nempe filii boni & pii officio hoc Juvenalis *Sat. 3. verſ. 43.*

— — — — — *Funus promittere patris*
Nec volo nec poſſum.

De impio contra Ovidius *lib. 1. Metamorph.* ſcribit:

— — — *Ante diem patrios inquirit in annos.*

Alter igitur optat vitam patris, alter expectat ejus mortem. Demea ſic apud Terentium *Adelph. 5. 4. 20. Illum ut vivat optant. meam autem mortem exſpectant ſcilicet.* Eodem alludit hoc Quintiliani, *lib. 9. Inſt. Orat. c. 3. p. 685.* ἀντανάκλασις, *ejuſdem verbi contraria ſignificatio. Cum Proculejus quereretur de filio, quod is mortem ſuam expectaret, & ille dixiſſet, ſe vero non expectare. imo, inquit, rogo expectes.* Poſſent hæc ſufficere ad intellectum verbi. addam tamen hoc Livii *lib. 28. c. 27. In caſtris en meis (quantum me opinio fefellit) fama mortis meæ non accepta ſolum, ſed etiam exſpectata eſt.* Apparet igitur, Senatum hoc agere, ne filiifamilias nomen quod vivo patre erat malum, exſpectata, ſive deſiderata, quæſitave, ejus morte fiat bonum? Longius id trahit Juſtinianus *§. 7. Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* ſi filiusfamilias emancipatione fiat ſui juris: puto, ſuadente utilitate ex mente Senatus; licet verba deficiant. Similiter Ulpianus *l. 7. §. 4. D. h. t.* Si, inquit, filius in alterius erat poteſtate, cum mutua daretur, nunc in alterius, mens Senatuſconſulti non ceſſat. dabitur itaque exceptio. Præterea ſubjicit in *§. 5.* ſi non mors, ſed alia cauſa ejus patri inciderit, quo minus ſit in civitate, Senatuſconſulto locum fore. Nimirum Senatus exceptionem filiofamilias non concedit ideo, quod eum, cum convenitur, filiumfamilias deprehendit: ſed quod ei, cum eſſet filiusfamilias, mutua pecunia data eſt; idque nomen, quod eſt malum, quamdiu eſt in poteſtate patris, qualicumque modo ſolvendæ patriæ poteſtatis deinceps bonum fieri, publice non expedit.

Non mihi permitto, ne putem, ab eadem duci cauſa, quod in *l. 11. D. h. t.* dicitur, exceptionem hujus Senatuſconſulti, ſi omiſſa ſit ante ſententiam, adhuc poſt eam in ipſa poſſe executione opponi. id recedere ab uſu perpetuarum exceptionum, quibus exceptio hujus Senatuſconſulti annumeratur *l. 9. §. 4. D. h. t.* non eſt, quod negemus *l. 2. C. Sent. reſcind. non poſſ.* Interim nititur hoc optima ratione juris, ſi quando cum filiofamilias agitur. nam paterfamilias factus, ſi nolit uti Senatuſconſulti exceptione, ea uti non cogitur; ſive ei palam renunciet, ſive tacite. at filiusfamilias judicio conventus, ſi omittat Senatuſconſulti exceptionem, ſive ſponte, ſive per errorem, & condemnatus non appellet; non prohibetur, eam vel in executione opponere: nolente ratione, filiumfamilias pacto expreſſo aut tacito eludere auctoritatem Senatuſconſulti, non in honorem ejus facti; ſed ad ſecuritatem patris, & in pœnam

fœ-

Digitized by Google

fœneratorum: quam proinde pendere ab arbitrio filiifamilias luxurioſi & prodigi non oportet: cum præſertim ille tam facile ſit Senatuſconſulti exceptionem, quam ejus prohibitionem, neglecturus. ita inſit Ulpianus Julianum ſcribere in ipſo filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis. & recte: nam Senatuſconſulto Vellejano improbata vetitaque illi ſimiliter omni modo interceſſione pro aliis, ideoque nulla ejus renunciatione, ſi quæ facta ſit adverſus voluntatem Senatus: æque rationis eſt, illam, ſi non oppoſita Senatuſconſulti exceptione condemnata ſit, hac in executione adhuc uti: ne alioquin illi fiat jus, vel ſic tacite circumvenire mentem Senatus, contra cujus verba intercedere palam pleniſſime prohibetur: ut in loco apparebit.

LIBER DECIMUS QUINTUS.

TITULUS I.

De peculio.

ULPIANUS *l. 1. h. t.* ordinarium, inquit, Prætor arbitratus eſt, prius eos contractus exponere eorum, qui alienæ poteſtati ſubjecti ſunt, qui in ſolidum tribuunt actionem: ſic deinde ad huc (forte legendum, *ad hunc*) pervenire, ubi de peculio datur actio. Eſt autem triplex hoc Edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verſo, aut quod juſſu, hinc oritur actio. Prima occurrit de peculio actio. Eſſe autem peculium dictum, quaſi puſillam pecuniam, ſive patrimonium puſillum, Ulpianus ait *l. 5. §. 3. h. t.* facta, ut videtur, comparatione pecuniæ aut patrimonii filii ſervive cum eo quod ſit patris aut domini. alioquin poſſe vel ſervi & filii peculium bene magnum & opulentum eſſe, intelligitur ex *l. 7. §. 4. & ſeqq. d. t. §. 5. in fin. Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* & eſt exemplum apud Suetonium *Tiberio c. 15.* Non minus utile eſt ſciri: quod Theophilus §. 4. *Inſt. eod. tit.* peculium filii aut ſervi, cum patrimonium dicitur, interpretatur naturale patrimonium: videlicet, quia exactum ad jus civile, non eſt ſervi aut filii patrimonium. ſolum dicitur patrimonium patris aut domini: cui jure poteſtatis tam filius, quam ſervus adquirit omnia. Ita non male Juſtinianus §. 10. *Inſt. de action.* dicit, peculium eſſe velut patrimonium filiorum, filiarumque, item ſervorum. Sed definitionem videamus. peculium Tubero apud Ulpianum *d. l. 5. §. 4.* ſic definit: quod ſervus domini permiſſu ſeparatum a rationibus dominicis habet, deducto inde ſi quid domino debetur. Nec alio pergit Florentinus *l. 39. d. t.* dicens, & ex eo peculium conſiſtere, quod parcimonia ſua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet ſibi donari, idque velut proprium patrimonium ſervum ſuum habere quis voluerit. Florentinus innuit, ſolitos antiquitus dominos, addo patres quoque, acuendæ induſtriæ parcimoniæque gratia, cum ſervis, tum liberis quædam permittere adminiſtranda exemplo & jure quodam patrimonii: ut tamen hæc domini aut patris re vera exiſtimarentur. Sed ut ad Tuberonem veniam: cum is peculium dixiſſet, quod ſervus a domini rationibus ejus permiſſu ſeparatum habet: mox quæſitum fuit, an hæc definitio etiam ad vicariorum peculia pertineret? & quidem negavit Labeo: ſed ei reſtitit Celſus *l. 6. h. t.* arbitratus, eo ipſo quod dominus ſervo conſtituit peculium, etiam vicario conſtituiſſe. inde obtinuit, ſub ſervi peculio etiam vicariorum ſervi peculium contineri *l. 17. & alibi d. t.* Superioribus addendum: quod ubi dixit Tubero, peculium eſſe, quod babet ſervus, pro exemplo accipiendum eſt: cum non minus filiorum filiarumque, quam ſervorum, in poteſtate exiſtentium peculium eſſe, ex ſuperioribus intelligatur. Quamquam intereſt, quod ſervi peculium ſemper fuit uniuſmodi, utputa totum profectum ex re & ſubſtantia domini: cum filiifamilias peculium, etſi ab initio quoque tantum fuerit profectitium, tamen progreſſu temporis factum ſit quadruplex: ſcilicet, profectitium, adventitium, caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe. Differentiam ſingulorum, omnibus ultro notam, ex profeſſo hic repetere, ſupervacuæ fuerit diligentiæ: ac ſuffecerit, dixiſſe, filiiſamilias peculium profectitium ſolum ad hanc actionem de peculio pertinere: cætera non pertinere. Eſt igitur Tuberoni peculium, quod ſervus a rationibus dominicis ſeparatum habet: at non qualiter qualiter, ne puta: ſed domini permiſſu. ſic enim definit. & ei convenienter Pomponius *l. 4. h. t.* ait, peculii eſſe non id cujus ſervus ſeorſum a domino rationem habuerit: ſed quod dominus ipſe ſeparaverit, ſumma ſervi rationem diſcernens. non abſurde: nam cum ſervi peculium totum adimere vel augere, vel minuere dominus poſſit; animadvertendum eſt, non quid ſervus, ſed quid dominus conſtituendi ſervilis peculii gratia fecerit.

Et

Et valde probo, quod in §. 5. Ex his, inquit, apparet, non quod ſervus ignorante domino habuerit, peculii eſſe, ſed quod volente: alioquin & quod ſubripuerit ſervus domino, fieri peculii: quod non eſt verum. Igitur placet Paulo *l.* 8. *h. t.* dominum non ſtatim, quod ex re ſua peculii eſſe voluit, peculium feciſſe: ſed ſi tradidit, aut cum apud eum (ſervum deſignat) eſſet, pro tradito habuit: deſiderare enim rem naturalem dationem. contra autem, ſimul atque noluit, peculium ſervi eſſe, deſinere peculium eſſe. Sic ille. Nec mutat, quod in *l.* 7. §. 2. *d. t.* ait Ulpianus, Scire non utique ſingulas res debere dominum, ſed παχυμερέστερον, id eſt, pinguius. Nam hoc demum procedit, conſtituto peculio. ex quo tempore etiam ignoranti adquiri, Papinianus ait *l.* 44. *D. de adq. poſſeſſ.* præfatus, utilitatis cauſa jure ſingulari eſſe receptum, ne cogerentur domini per momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere. Vult igitur Tuberonis definitio, (ut hanc tandem abſolvamus) in peculio videri quidquid ſervus domini permiſſu habet ſeparatum ab ejus rationibus: non omnimodo; ſed, ut ait, deducto inde, ſi quid domino debetur. Id vero debitum accipe naturaliter *l.* 11. §. 2. *h. t.* jure enim civili nec ſervus domino, nec dominus ſervo debet; ſed cum eo verbo abutimur, factum magis demonſtramus, quam ad jus civile, referimus obligationem *l.* 41. *h. t.* Porro, cur computari debeat peculium ſervi, deducto quod domino debetur, Ulpianus *l.* 9. §. 2. *d. t.* hanc dat rationem: quia dominus prævenisſe, & cum ſervo egiſſe creditur. Pedius §. 4. mox ſequente ideo, inquit, quod domino vel patri debetur, minus in peculio eſſe: quoniam non eſt veriſimile, eos concedere ſervo aut filio in peculio habere quod ſibi debetur.

Expoſita peculii definitione, aliquis exſpectet diviſionem. Sed in perſona ſervi nulla umquam fuit: ejus peculio ex re domini ſemper profecto. unaque hæc forma olim etiam fuit in perſona filiifamilias: etſi hujus peculium deinde quadruplex eſſe cœperit: nempe profectitium, adventitium, caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe: ut notum. Sed quod ad Edictum attinet, de ſolo eſt profectitio. age igitur nunc, quid de eo edixerit Prætor, conſideremus. Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* hanc prodit partem: *Quod cum eo qui in alterius poteſtate eſſet, negotium geſtum erit.* Verum ut integretur Edictum, addenda ſunt ſequentia: *de eo adverſus eum in cujus poteſtate eſſe dicetur, quatenus in peculio erit, aut ejus dolo malo erit factum, quo minus in peculio ſit, actionem dabo.* Hæc Edicti forma ex ſequentibus liquebit. In præſentia dicam, quando faciat Prætor actioni de peculio locum. & puto, facere; ſi cum eo qui in alterius poteſtate eſt, negotium geſtum erit. id enim eſt conſequens primis Edicti verbis. Prætor de eo loquitur, non de ea: ſed Ulpianus §. 3. *d. l.* 1. ita interpretatur, ut & ob eam quæ eſt fœminini ſexus, detur ex hoc Edicto actio. Ulpianum confirmat Gajus *l.* 27. *d. t.* Ex ancillarum nomine, inquiens, & filiarumfamilias in peculio actio datur: maxime, ſi qua ſarcinatrix aut textrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat: & addit Gajus, Julianum ſcribere, depoſiti quoque & commodati actionem dandam earum nomine: longe magis non dubitari, & ſi in rem verſum eſt, quod juſſu patris, dominive contractum ſit. Pollicetur igitur Prætor actionem de peculio, ſi cum eo qui in alterius poteſtate eſt, negotium geſtum erit. quid, ſi cum impubere filio aut ſervo contractum ſit? ait Julianus §. 4. *d. l.* 1. ita dandam in dominum vel patrem de peculio, ſi locupletius eorum peculium factum eſt.

Poteſtatis porro verbum Ulpianus communiter accipit tam in filio, quam in ſervo §. 5. *d. l.* 1. & quamquam dubium non eſt, quin poteſtas in ſervis proprie dominium ſignificet: tamen Ulpianus §. 6. *d. l.* ejus vim hic longius porrigit: ut non magis ſpectetur dominium ſervorum, quam facultas habendi eos: & cauſatur, non ſolum ſervorum propriorum nomine nos conveniri, item communium, verum eorum quoque qui bona fide nobis ſerviunt, ſive liberi ſint, ſive ſervi alieni. Ne hic quidem ſubſiſtit Ulpianus. contra *l.* 3. *h. t.* licet, inquit, Prætor, ſi cum eo qui in poteſtate ſit, geſtum ſit negotium, polliceatur actionem, tamen ſciendum eſt, & ſi in nullius ſit poteſtate, dari de peculio actionem: & tale ponit exemplum: ut puta, ſi cum ſervo hereditario contractum ſit ante aditam hereditatem. Et §. 1. ſubjicit, inde Labeonem ſcribere, & ſi ſecundo, tertiove gradu ſubſtitutus ſit ſervus, & deliberantibus primis heredibus cum eo contractum ſit, mox repudiantibus eis ipſe liber hereſque extiterit, poſſe dici, de peculio eum conveniri, & de in rem verſo.

Ut igitur locum habeat actio de peculio, deſiderat Prætor, cum eo qui in alterius poteſtate ſit, negotium geſtum eſſe: ac quia ſimpliciter ait, *Alterius*, nec verbum addit: placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 2. parvi referre, ſervus quis maſculi, an mulieris ſit: nam de peculio & mulierem conveniri. præterea ſubjicit §. 3. Pedium ſcribere, etiam impuberes dominos de peculio obligari: videlicet, quia non cum ipſis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem ſpectes. idemque juvari videtur eo, quod adjicit Pedius, pupillum non poſſe ſervo peculium conſtituere, nec tutoris auctoritate. id enim quo pertinet? niſi, ut putemus, impuberes dominos de peculio obligari demum, ubi a patre conſtitutum eſt. ſane ait Ulpianus *l.* 7. §. 1. *h. t.* pupillum vel furioſum non quidem poſſe ſervo conſtituere peculium, verum ante conſtitu-

tum (hoc eſt, ante furorem, vel a patre pupilli conſtitutum) his caſibus non adimi. Quid igitur eſt? ab Ulpiano *d. l.* 3. §. 4. ſic infertur: In furioſi quoque curatorem daudam de peculio actionem: nam & hujus ſervum peculium habere poſſe, non ſi fuerit conceſſum, ut habeat: ſed ſi non fuerit prohibitum, ne habeat.

Daturus igitur actionem de peculio Prætor, vult, cum eo qui in alterius poteſtate ſit, negotium eſſe geſtum. quo modo? ex contractu, aut quaſi ex contractu. & occurrunt utriuſque generis exempla. An etiam obligationis ex delicto aut quaſi ex delicto? nulla. & fuerit rationis; ne pater aut dominus ex delicto filii aut ſervi actione de peculio conveniatur: quia, peculii conſtitutio, ut dixi, pendet a voluntate patris aut domini *l.* 1. §. 5. *D. de adquir. poſſeſſ.* qui creduntur quidem voluiſſe, id a ſervo aut filio exerceri augerique honeſta & juſta ex cauſa: ſed non æque ex turpi & injuſta. proinde quod ab his juſta ex cauſa geritur, id vero peculii eſſe, & patrem vel dominum tenere peculiotenus quaſi ex eorum voluntate geſtum: ſed quod ex maleficiis apprehenditur, nec peculii cauſam apprehendere *l.* 24. *D. d. t.* nec patrem aut dominum, præter eorum voluntatem, tenere, admodum probabile eſt. Ulpianus certe (*l.* 58. *D. de reg. jur.* quæ eſt hujus loci: quippe cum ſit ex ejus lib. 2. Diſputationum ex quo eſt etiam *l.* 32. *&* 36. *h. t.*) Ex pœnalibus, inquit, cauſis non ſolet in patrem de peculio actio dari. Nec minus commode *l.* 1. §. 7. *D. de his qui effud. vel dejec.* Verba: Si filiusfamilias cœnaculum conductum habuit, & inde dejectum vel effuſum quid ſit, de peculio in patrem non datur. quæſo, quam ob rem? ait: quia non ex contractu venit. quid ergo? ſic concludit bene: in ipſum itaque filium hæc actio (in factum de dejectis & effuſis) competit. nempe, quia filiusfamilias, ut ſupra dixi, ipſe ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur. Sed apparet, negotii appellatione in hoc Edicto dumtaxat venire obligationem ex vero aut quaſi contractu. Nec tamen vel iſta ſemper. fingamus, ſervum aut filium pro alio fidejuſſiſſe, aut mandaſſe alteri ſolvi. an de peculio tenebitur pater aut dominus? Ulpianus *l.* 3. §. 5. *h. t.* ſervum diſtinguit a filiofamilias: arbitratus, in ſervo eſſe ſpectandam fidejubendi vel mandandi cauſam: nam ſi quaſi interceſſor intervenerit, non agens rem peculiarem, dominum de peculio non obligari: ſimiliterque, ſi ſervus mandaverit, ut creditori ſolveretur, referre, quam habuerit mandandi cauſam: nam ſi pro creditore ſuo ſolvi mandavit, dominum eſſe de peculio obligatum: quod ſi interceſſoris officio functus ſit, non obligari dominum de peculio. Sic in ſervo Ulpianus; & probat Paulus *l.* 49. §. 1. *h. t.* Quid in filio? Ulpianus *d. l.* 3. §. 9. aliam tenet viam: confeſſus, veram eſſe ſententiam Sabini & Caſſii: exiſtimantium, ſemper obligari patrem de peculio, & filium diſtare in hoc a ſervo. Similis differentia inter eos circa compromiſſum obſervatur; etſi vel illud ſtipulatione, id eſt, genere quodam negotii ſeu contractus conſtet. Eam differentiam tangit Ulpianus *d. l.* 3. §. 8. *&* 10. ait autem, ſi ſervus, ſe pro libero gerens, compromiſerit, poſita pœna, niſi ſtetur ſententiæ arbitri, & Nervæ filio, & ſibi, videri, ex compromiſſo ſervi dominum non eſſe dandam de peculio actionem: reputantibus, compromiſſum redigi ad ſimilitudinem judiciorum *l.* 1. *D. de recept.* & ſi judicio damnetur ſervus, nec adverſus eum dari actionem judicati. contra §. 10. ait eſſe in filiofamilias: nam ex ejus compromiſſo teneri patrem; nec intereſſe ex qua cauſa compromiſerit: utrum ex ea ex qua potuit quis cum patre de peculio agere; an vero ex ea qua non potuit: cum ex ſtipulatu pater conveniatur. Non minus notabile eſt quod in §. 11. *d. l.* 3. tradit Ulpianus, patrem judicati quoque de peculio actione teneri, etiam ejus actionis nomine, ex qua non poteſt pater de peculio actionem pati: & hanc rationem dat veriſſimam, quod ſicut ſtipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahitur: proinde non originem judicii ſpectandam, ſed ipſam judicati velut obligationem.

Intellecto, quando ſit actioni de peculio locus; ſimul intelligitur, qualis ſit illa actio: ubi enim apparet, eam a Prætore promitti, negotio geſto cum eo qui in poteſtate ſit; an dubitamus, eſſe in perſonam, nata ex contractu aut quaſi ex contractu obligatione? Conſequenter competit illi qui cum eo qui in poteſtate eſt, negotium geſſit: ſive ſit in patris, ſive in domini, poteſtate: nullo diſcrimine, utrum is conſenſerit contractui, an eum prohibuerit *l.* 29. §. 1. *D. h. t.*

Non major labor eſt ſcire, adverſus quem competat de peculio actio, Prætore hanc promittente *adverſus eum in cujus poteſtate eſt* hic cum quo geſtum ſit negotium. Ita fuerit in hac actione quaſi ſingulare; quod, cum actio in perſonam ſolet dari adverſus eumdem adverſus quem nata eſt §. 1. *Inſt. de action.* hæc ambulat cum eo in cujus poteſtate ſit is cum quo negotium geſtum ſit. Eſt igitur actio de peculio in perſonam; ſed quia propter peculium comparata, eſt in rem ſcripta, id eſt, generaliter ſcripta: ſicut in actione quoque Quod metus cauſa, & ad exhibendum a Prætore obſervatum. exemplum in præſentia hoc accipe ab Ulpiano *l.* 32. §. 2. *h. t.* Venditor ſervi cum peculio ſervum vendidit, & tradidit peculium. uter convenietur de peculio? emptor. qua ratione? quia ei traditum eſt peculium. quid venditor? hic ne intra annum quidem de peculio convenietur. Atqui accepit pretium ſervi. Sed Ne-

ratius hoc pretium ſervi peculium eſſe negat; idque Ulpianus probat. Quid ſi quis ſervum ita vendiderit; ut pretium pro peculio acciperet? jam contra videtur Javoleno *l.* 33. penes eum eſſe peculium ad quem pretium peculii pervenit: non penes quem res peculiaris ſit: ut ex Pomponio ſubjicitur *l.* 34. Quid, ſi heres juſſus ſit peculium dare, accepta certa ſumma? hoc caſu videtur Javoleno *l.* 35. non penes heredem eſſe peculium.

Sequens locus eſt, ad quid hæc competat actio? id vero deſignat Prætor his verbis quibus eam promittit, *Quatenus erit in peculio.* Fuitque cauſa ſic definiendi: quod pater aut dominus ex contractu filii aut ſervi jure civili non tenentur: exiſtimantibus Veteribus, eſſe abſurdum, eos ex facto alterius, quamquam in eorum poteſtate poſiti, ignorantes aut invitos damno affici. at peculio negotiandi cauſa conſtituto a patre aut domino, Prætor temperaturus veterem rigorem, permiſit, patrem aut dominum ex contractu filii aut ſervi non quidem in ſolidum conveniri invito jure civili; ſed quod eo non erat prohibitum, quatenus fuerit in peculio: interpretatus, eos conſenſiſſe hactenus; nec fore iniquum, ex ſuo conſenſu teneri. Ita propoſita de peculio actione, res perinde accepta eſt jure Prætorio, ac ſi detur propter peculium: ideoque non habet effectum, niſi ſit peculium: tum quoque non ultra, quam in eo reperiatur. quo tempore? rei judicatæ: nam hoc tempus ſpectari potius, quam litis conteſtatæ, Prudentibus placuit: ac pro modo qui tum erit, condemnationem fieri *l.* 5. §. 2. *D. de liberat. leg. l.* 35. *D. de fidejuſſorib. l.* 7. §. 15. *D. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Poteſt igitur ex hoc Edicto pater aut dominus de peculio ſolum conveniri, quatenus tempore rei judicatæ in peculio erit *l.* 30. *D. h. t.* ac ſi tum nihil fuerit, abſolvi. nec tamen ob id minus recte conventus videtur *l.* 50. *d. t.* hoc plus ſinit Ulpianus *d. l.* 30. §. 4. ipſa ſuadente æquitate, eum qui de peculio ſemel egit, aucto peculio, rurſus agere de reſiduo debiti. imo Ulpianus *l.* 32. §. 1. *d. t.* in hoc, inquit, judicio licet reſtauretur præcedens, oportet tamen augmenti & deceſſionis rationem haberi: & ideo ſive hodie nihil ſit in peculio, ſive acceſſerit aliquid, præſens ſtatus peculii ſpectandus eſt. Ex eoque ſic deinde infert: Quare circa venditorem quoque & emptorem (de quibus in anteceſſum dixi) hoc nobis videtur verius, quod acceſſit peculio, poſſe nos ab emptore conſequi: nec retrorſus velut in uno judicio ad id tempus conventionem reducere emptoris quo venditor conventus ſit.

Poſtquam demonſtratum eſt, actionem de peculio, quatenus in peculio eſt, a Prætore dari: adhuc videndum, quemadmodum id accipiendum ſit. pertinet huc in primis, quod Ulpianus obſervat, eum qui cum ſervo contrahit, univerſum peculium ejus quod ubicumque eſt, veluti patrimonium intueri *l.* 32. *D. h. t.* Non minus ſciri oportet, quæ res in peculio eſſe poſſint. quamquam his enumerandis non immorabor: quia hanc operam occupavit olim Ulpianus *l.* 7. §. 4. 5. 6. *l.* 9. *pr. &* §. 1. aliquatenus etiam Paulus *l.* 8. *d. t.* Præterea ignorari noluit Juſtinianus §. 4. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.* cum quæritur, quantum in peculio ſit, ante deduci, quidquid ſervus domino, eive qui in poteſtate ejus ſit, debet. hoc enim Servium huic definitioni adjeciſſe, annotavit Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. hac addita ratione, Quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit. Præterea ait Ulpianus §. 4. *d. l.* 9. etiam id deduci quod his perſonis debetur quæ ſunt in tutela vel cura domini, vel patris, vel quorum negotia adminiſtrant: dummodo dolo careant: ſic enim temperat, propter rationem quæ ibidem redditur. Hiſce deductis, placet Juſtiniano *d.* §. 4. id quod ſupereſt, ſolum in peculio intelligi. Illud non ſilebo, hoc jure deductionis, ut eſt privilegium patris vel domini, prærogativam deductionis indigitari *l.* 11. *D. de admin. tutor.* tantamque ejus vim eſſe; ut nullum privilegium patri aut domino, cum ex perſona filii aut de peculio conveniuntur, præponi poſſit. Sic optime animadvertit Paulus *l.* 52. *h. t.* nec minus dignum notatu quod addit, in cæteris creditoribus habendam eſſe rationem privilegiorum: amplius, his ceſſantibus, meliorem eſſe ſolere occupantis conditionem. porro, ne quæſtioni ſit, quiſnam videatur occupare, proſpexit Gajus *l.* 10. *d. t.* Occupare, inquiens, videtur non qui prior litem conteſtatus ſit, ſed qui prior ad ſententiam venit. Imputatur igitur peculio, quidquid ſupereſt, deducto eo quod patri aut domino debetur.

Sed longius ivit Prætor in fine Edicti: jubens, & hoc peculio imputari quod dolo malo domini factum eſt, quo minus in peculio eſſet. ſumma (ut Ulpianus *l.* 21. *h. t.* cenſet) cum ratione. Dolum autem malum quomodo accipere debeamus, aliquot exemplis in ſequentibus demonſtrat.

TITULUS II.

Quando de peculio annalis actio eſt.

Expoſita ſuperiore Titulo natura & proprietate actionis de peculio, præſente exponendum eſt, quamdiu duret de peculio actio, non quidem conſtante patris aut domini poteſtate, ſed ſoluta. de eo Prætor ait *l.* 1. *Poſt mortem ejus qui in alterius poteſtate*

 fue-

fuerit, poſteave quam is emancipatus, manumiſſus, alienatuſve fuerit, dumtaxat de peculio, & ſi quid dolo malo ejus in cujus poteſtate eſt, factum erit, quo minus peculii eſſet, in anno quo primum experiundi poteſtas erit, judicium dabo. Ex hoc Edicto obſervat in §. 1. Ulpianus, quod quamdiu ſervus vel filius in poteſtate eſt, de peculio actio perpetua eſt: poſt mortem autem ejus, vel poſtquam emancipatus, manumiſſus, alienatuſve fuerit, temporaria eſſe incipit, id eſt, annalis. Alienatio autem & manumiſſio (ut in §. 4. idem docet Ulpianus) ad ſervos pertinet, non ad filios. mors autem tam ad ſervos, quam ad filios refertur. emancipatio vero ad ſolum filium. atque hoc eſt extra dubium. illud quale quod ſubjicit: *Sed & ſi alio modo ſine emancipatione deſierit eſſe in poteſtate, annalis erit actio.* Hæc adjectio aliquam habet obſcuritatem: quis enim Ulpiani tempore is fuit modus quo ſine emancipatione, id eſt, ſine capitis deminutione deſinat eſſe in poteſtate? ſed jam ſupra annotavi ſub Titulo, *De adoptionibus*, eam inſpectionem uſum habuiſſe in Flamine Diali; nam eum ſine capitis deminutione patria poteſtate liberari ſolitum, ipſo auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* 10. §. *ult.* & A. Gellio *lib.* 1. *Noct. Attic. c.* 12.

Præter hæc obſervat Ulpianus §. 3. *d. l.* 1. quod merito Prætor temporariam in hoc caſu fecit actionem: hac addita ratione; quod, cum filius aut ſervus morte vel alienatione, verbi gratia, in patris vel domini poteſtate eſſe deſinat; & ſic extincto peculio, non poſſit ulterius eſſe de peculio actio; nec tamen oporteat juris rigorem creditori ſine ejus culpa nocere: rationis fuit Prætori, actionem uſque ad annum producere *l. ult. D. h. t.* Annum autem quemadmodum computamus? Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. annus, inquit, utilis computabitur. & recte: quia Prætor dicit, in anno quo primum de eo experiundi poteſtas erit: quibus verbis annum utilem deſignari, ejus teſtimonio conſtat *l.* 1. *D. de diverſ. tempor. præſcript.* Inde porro conſequens fuit, quod idem *d.* §. 2. obſervat Ulpianus, annum, ſi conditionalis ſit obligatio, non ex eo computandum ex quo emancipatus ſit filius, ſed ex quo peti potuit, conditione exiſtente. Ipſe præterea addam, id Prætori, cum annalem facit actionem de peculio, ita placere demum; ſi illa actio, cum in poteſtate eſſet ſervus vel filius, fuit perpetua actio ex empto aut vendito de peculio, verbi gratia: at ſi ante temporalis fuit, redhibitoria, verbi gratia, ea temporalis manet *l.* 2. *D. h. t.*

Datur igitur actio de peculio intra annum, ſervo mortuo, aut alienato, ſed adverſus quem? adverſus eum apud quem hæret peculium. talis, alienatione per venditionem facta, eſt venditor *l.* 1. §. 5. *D. h. t.* cum ſervum vendidit deducto peculio. ſolus enim hic quæritur is apud quem ſit peculium *l.* 32. §. *ult. D. de peculio*: quia actio de peculio, quamvis originem trahat ex contractu, eoque perſonalis ſit, fere propter peculium competit, ideoque in rem ſcripta habetur. quid, ſi alienatus donatione, permutatione, vel in dotem datione ſit ſervus? Ulpianus *d. l.* 1. §. 6. Et ſi, inquit, ſervum donavit, vel permutavit, vel in dotem dedit, in eadem cauſa eſt. videlicet, quia non ſuccurrit, cur vel ille qui in alium his ex cauſis tranſtulit dominium ſervi cujus nomine ante factam alienationem poterat actione perpetua de peculio conveniri, poſt eam deducto peculio factam, non ſimiliter annali actione teneatur. Ne recedit quidem hinc Ulpianus *l.* 1. §. 7. ſi quis ſervum alicui legavit non cum peculio. Quid, ſi cum peculio legavit, vel liberum eſſe juſſit? jam ait Ulpianus id quæſtionis fuiſſe. inter quos? inter Proculianos & Sabinianos: ut more ſuo erudite conjicit Cujacius *Ad African. Tractat.* 9. *in expoſit. l.* 38. *D. de condict. indeb. pag.* 1555. *& ſeq.* ſed ipſe ait Ulpianus, ſibi verius videri, (quod & obtinuiſſe idem obſervat Cujacius) non dandam de peculio actionem neque in manumiſſum, neque in eum cui legatum ſit peculium. Ergo quod reſtat, ultra quærit Ulpianus, an teneatur heres? & reſpondet, teneri ex ſententia Cæcilii: præfati, quia peculium penes eum ſit qui tradendo id a legatario ſe liberavit: hoc eſt, quia vice peculii habet liberationem legati ad cujus traditionem ex teſtamento erat obligatus. Subtile hoc, inquies, ſed duriuſculum. non negat Ulpianus: contra quæſito temperamento quo molliri ea durities poſſet, non abhorret ab invento Pegaſi: volentis, heredem a legatario conventum, exigere cautionem qua is promittat, heredem defendere adverſus creditores, ſi ab eis conveniatur. id remedium his continetur Ulpiani verbis: Pegaſus autem caveri heredi debere ait ab eo cui peculium legatum ſit: quia ad eum veniunt (id eſt, venire poſſunt) creditores. Hoc igitur remedio licet heredi, ſibi conſulere: ſi ante traditionem de peculio ſit a legatario conventus. an & poſt traditionem? minime. quid ergo? Ulpianus ſic ſcribit: ſi tradiderit ſine cautione, erit conveniendus. quod & Marciano viſum *l.* 18. *D. de pecul. legat.* Niſi & tum oneratur. Sed jam habet quod imputetur ipſi qui cum poſſet, ſibi caveri non curavit: ut & alibi obſervatum *l.* 3. *D. de tranſact. & l.* 2. *C. de hered. vel act. vendit.* Tantum de *d. l.* 1. §. 7. cui objicitur *l.* 1. §. 10. *D. de dot. præleg.* ſed de hac D. Cujacius *d. loc.*

TITU-

TITULUS III.

De in rem verſo.

Secunda actio ex tribus quarum Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *D. de peculio* meminit, de in rem verſo appellatur. Verba Edicti non extant. ſententiam ex *l.* 1. *D. Quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt:* ipſe ſic concinno. *Si cum eo qui in alterius poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicetur, de eo quod in rem ejus verſum erit, judicium dabo.* Utilitas hujus Edicti manifeſta eſt: Prætore & hic agente; ne quis juris ſubtilitate cum alterius injuria fiat locupletior adverſus æquitatem naturalem. Ivit huc Pomponius apud Ulpianum *l.* 10. §. 7. *D. h. t.* teſtatus, videri creditori ſervi hac actione adverſus lucrum domini ſubventum. caſus elegantes ſuppeditat Ulpianus *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *h. t.* qui poſſunt ibi videri: ſunt enim perſcripti pluribus verbis, quam ut lubeat hic apponere.

Igitur pollicetur Prætor actionem de in rem verſo: ſi negotium geſtum ſit cum eo qui in alterius poteſtate eſt. & quia non addit verbum: placet Ulpiano poſt Pomponium *l.* 5. §. 1. *h. t.* ſive ratum habeat contractum dominus paterve, ſive non: de in rem verſo eſſe actionem. Præter hanc obſervationem, eſt & altera: quod Prætor actionem de in rem verſo quidem promittit, ſi negotium geſtum ſit cum eo qui in alterius poteſtate eſt, ab eoque aliquid ſit in rem patris aut domini verſum. at de homine libero, qui aliquid verterit in rem alterius in cujus poteſtate non ſit, non loquitur. igitur quod in ſervo aut filiofamilias qui in patris aut domini poteſtate ſunt, ſingulariter a Prætore eſt conſtitutum: ad hominem liberum qui in poteſtate non eſt, invito Prætore, per conſequentiam trahendum non eſt. fac: ut exemplo res clarior fiat: negotiorum geſtor, fulturus alterius domum ruinoſam, mutuam ſumpſit pecuniam, eamque fulciendo domum vertit in rem ejus. ipſe eſt creditori obligatus ex mutuo: ſed dominum creditori non obligavit, quantumvis verſa in rem ejus pecunia: quia non eſt in poteſtate ejus cujus negotium geſſit: ideoque ad Edictum non pertinet. Sic mihi videtur: & juvat hoc Senecæ *lib.* 5. *De benefic. c.* 19. *Quædam in alios conferuntur, ſed ad nos uſque permanant. ab eo autem exigi quidque debet, in quem confertur: ſicut pecunia ab eo petitur cui credita eſt, quamvis illa ad me aliquo modo pervenit.* At turbat *l.* 7. §. 1. *C. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* Sed non intelligenda eſt lex de actione de in rem verſo; verum de utili actione negotiorum geſtorum. Species. Aliquis alterius in cujus poteſtate non erat, geſturus negotium, mutuam accepit pecuniam, & hac fulſit ejus domum ruinoſam. is geſtor negotii poſtquam accepit pecuniam, creditori jure civili ex cauſa mutui eſt obligatus. at negotii dominus, licet verſa ſit in rem ejus pecunia, neque jure civili tenetur ex mutuo, quia ipſe pecuniam non accepit; neque jure Prætorio de in rem verſo, quia Prætor nil edixit de homine libero, a quo pecunia verſa ſit in rem alterius. reſtat igitur ſolum, ut negotiorum geſtor ex mutuo teneatur creditori: & dominus geſtori actione negotiorum geſtorum, ipſa utili: ex quo dominus ratam habeat mutui dationem, aut in rem ejus verſa ſit pecunia mutua.

Porro ait Prætor, *De eo quod in rem ejus verſum erit.* Et apparet, eum actionem, quatenus verſum eſt, in ſolidum polliceri. Ulpianus *l.* 10. §. 4. *h. t.* interpretatur, prout aliquid verſum eſt: & proinde ſic infert, Si pars verſa eſt, de parte erit actio. quod & a Juſtiniano obſervatum §. 4. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. pot.* De eo dubitat Ulpianus *d. l.* 10. §. 5. utrum in ſortem dumtaxat teneatur dominus, an & in uſuras? ſic vero definit: ſi quidem promiſit uſuras, Marcellus lib. 5. Digeſtorum ſcribit, dominum præſtaturum: ſed ſi non ſint promiſſæ, utique non debebuntur, quia in ſtipulationem deductæ non ſunt. plane ſi contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti ſervo negotia domini, ſed ipſe gerens, negotiorum geſtorum actione potero etiam de uſuris experiri.

Promittit igitur hoc Edicto Prætor actionem de eo quod in rem verſum erit. eſt autem in rem vertere, in utilitatem vertere: nec eſt dubium, quin ſic videatur verſum, quidquid neceſſario in rem domini impenderit ſervus: veluti ſi mutuam pecuniam creditoribus ejus ſolverit, aut ædificia ruentia fulſerit §. 4. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt. l.* 3. §. 1. *D. h. t.* Idem eſt, ſi quid impenderit non quidem neceſſario, ſed utiliter tamen. & differt tantum: quod ubi neceſſario quid impendit geſſitve, totum ſpectatur pretium conventum: ubi vero non neceſſario impendit, non putatur in rem verſum eſſe, niſi verum ipſius rei pretium *l.* 5. *h. t.* Igitur ut ſummam faciat Ulpianus *d. l.* 3. §. 2. regulariter, inquit, dicimus, totiens de in rem verſo eſſe actionem, quibus caſibus procurator mandati, vel qui negotia geſſit, negotiorum geſtorum haberet actionem, quotienſque aliquid conſumpſit ſervus, ut aut meliorem rem haberet dominus, aut non deteriorem. Et §. 3. ponit exemplum, ſi ſervus aut filius ſumpſit pecuniam, ut ſe aleret & veſtiret ſecundum conſuetudinem domini, id eſt, uſque ad eum modum quem dominus aut pater ei præſtare conſueverat. Quid ergo? ſi mutua pecunia accepta domum dominicam

exornavit tectoriis & quibuſdam aliis quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem? non videri verſum, Ulpianus putat §. 4. *d. l.* cauſatus, quod nec procurator hæc imputaret: niſi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere dominum ex eo onerari. tantum pati, inquit, debere, a creditore hæc auferri, ſine domus ſuæ videlicet injuria: nempe, ne cogendus ſit, domum vendere, ut quanti pretioſiot facta eſt, id præſtet. Eſt & illud ſuperioribus conſequens, quod in §. 6. *d. l.* Ulpianus, Labeonem ſequutus, confirmat, intelligi quoque in rem domini verſum quod mutuatus ſervus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel ſi quid ad delicias, vel ſi quid ad turpes ſumptus ſubminiſtravit: hac ſubjecta ratione quæ eſt optima: quod non ſpectamus, an bono domini eeſſerit, ſed an in negotium domini.

Vix opus addi, quod Prætor, ubi poſtulat, in rem verſum eſſe, convenit proprietati verbi, ipſo facto in rem verſum eſſe. ita non ſufficit, acceptam eſſe pecuniam, hac lege, ut in rem verteretur: niſi cum effectu verſa ſit. fuerit exemplum: ſervus aeccpit quaſi in rem domini verſurus. non vertit: ſed deeepit creditorem. negat Ulpianus *l.* 3. §. 9. *h. t.* videri verſum, & teneri dominum. quid tamen, ſi is erat ſervus qui ſolitus erat vertere? adhuc putat Ulpianus, non nocere domino, ſi alia mente accepit; aut, ſi cum hac mente accepiſſet, alio vertit. aliquem moveat, quod ſolet diei, neminem debere eſſe in re aliena curioſum. ſed in propoſito eontra ſentit Ulpianus, creditorem, quo vertatur, curioſum eſſe oportere: ne ejus credulitas domino noceret, vel ſervi calliditas noceret.

Plane, ſi quid ſit in rem verſum; ſuffieit, negotium eſſe geſtum bono atque utili conſilio: nec deſideramus bonum ejus eventum. ita pulchre Ulpianus *d. l.* 3. §. 7. *&* 8. duobus uſus exemplis: prius eſt, ſi frumentum comparaverit ſervus ad alendam domini familiam, & in horreo dominico repoſitum periit vel corruptum eſt, vel arſit. alterum eſt, ſi ſervum domino neceſſarium emiſſet, iſque deceſſiſſet, vel inſulam fulſiſſet, eaque ruiſſet. At enim idem Ulpianus *l.* 10. §. 6. *h. t.* contra ſic ſcribit: *Verſum ſic accipimus, ut duret verſum.* Novi: verum ex verbis ſequentibus liquet, eum non quærere; an in actione de in rem verſo debeat in rem bono conſilio verſum, bonum habere eventum: (quæ eſt præſens diſputatio) ſed ſi nata fuerit actio, pecunia bono conſilio in rem verſa; quærit, an ea actio duret, ex quo pecunia illa ſervo ſit a domino reſtituta? hoc vero negat: nempe quia cauſa hujus actionis (ut in §. 7. ipſe mox annotat) eſt, ne dominus luerum faciat cum aliena injuria. hoc autem non extat, refuſa ſervo pecunia ab eo in rem domini verſa. niſi intereſt, utrum nihil initio fuerit tale; an quod fuit, rurſus ſolutum ſit. igitur quia ſolutione deſinit eſſe verſum quod ante erat verſum: ceſſat actio de in rem verſo. Si tamen in necem ereditoris, id eſt, perdituro ſervo vel filio ſolutum ſit, quamvis ſolutum ſit, tamen *deſinit quidem*, inquit, *verſum: æquiſſimum autem eſt de dolo malo adverſus patrem vel dominum competere actionem.* Et hanc ſubjicit rationem: *Nam & peculiaris debitor, ſi fraudulenter ſervo ſolverit quod ei debebat, non liberatur.*

TITULUS IV.

Quod juſſu.

Poſtrema actio ex tribus quas in Edicto junctas fuiſſe, Ulpianus memorat *l.* 1. §. 1. *D. de peculio*, ibidem & in Rubrica hac Quod juſſu vocatur. verba autem Edicti (quantum conjicio ex *l.* 1. *D. quod cum eo qui in alien. poteſt.*) talia fuere: *Quod juſſu ejus, in cujus poteſtate quis eſſe dicetur, geſtum erit, de eo judicium dabo.* Si igitur juſſu domini aut patris cum ſervo aut filiofamilias negotium geſtum erit, Prætor adverſus dominum aut patrem actionem pollicetur in ſolidum. Merito: nam is qui ita contrahit, videtur Juſtiniano ſequi fidem domini aut patris §. 1. *Inſt. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* cauſatur; quod quodammodo contrahitur cum eo qui jubet. ait autem uterque, cum Imperator, tum Ulpianus, hanc actionem dari in ſolidum: nimirum, quia illa quam dixi, ratione motus Prætor, ſimpliciter dixit *judicium dabo:* nec modum addit. dat igitur actionem in ſolidum, id eſt, hactenus, quatenus juſſere pater aut dominus, non ultra *l.* 3. *D. d. t.* Eadem aut ſimili ratione ſine diſtinctione dixit Prætor, *Quod geſtum erit*, ideoque Ulpiano *l.* 10. §. *ult. D. de fidejuſſorib.* placet, *ad omnes contractus quod juſſu referri.* an etiam ad liberationes? Negat Cujacius *lib.* 5. *Obſerv. c.* 36. & adfert hoc Gaji: *Servus nec juſſu domini acceptum facere poteſt.*

Juſſus porro, ut hoc addam, eſt ſuperioris, imperandi poteſtatem habentis; ideoque ſolet præcedere *l.* 25. §. *A. D. de adq. hered.* & parendi neceſſitatem involvit. ſed hic latius accipitur pro quavis voluntate: ut etiam hæc verba pro iiſdem accipiuntur *l.* 3. *h. t.* Inde Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. Juſſum, inquit, accipiendum eſt: ſive teſtato quis, ſive per epiſtolam, ſive verbis, aut per nuncium, ſive ſpecialiter juſſerit, ſive generaliter: & ideo, & ſi ſic conteſtatus ſit, Quod voles cum Sticho ſervo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia juſſiſſe, niſi certa

lex

lex aliquid prohibeat. ſed & ſi mandaverit pater dominusve, Ulpiano §. 3. *d. l.* juſſiſſe videtur. Idem Ulpianus §. 4. ait, ſi ſervi chirographo ſubſcripſerit dominus, teneri quod juſſu: nec aliter eſſe, ſi ratum habuerit quis quod ſervus ejus geſſerit vel filius: nam & tum quod juſſu actionem dari. Quid ergo, ſi fidejuſſerit pro ſervo? Marcellus apud Ulpianum §. 5. *d. l.* ait, non teneri quod juſſu. & hac utitur ratione: quod quaſi extraneus intervenit: neque hoc, ut Ulpianus cenſet, dicit ideo, quod tenetur ex cauſa fidejuſſionis: ſed quia aliud eſt jubere. denique idem ſcribit Marcellus, etſi inutiliter fidejuſſerit, tamen eum non obligari, quaſi fidejuſſerit. ac dicit Ulpianus, eam ſententiam veriorem eſſe. Similiter apud Paulum *lib.* 4. Ad Plautium ſic extat *l. ult. h. t. Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, juſſerit ſervo filiove numerari, nulla quæſtio eſt, quin ipſi condici poſſit: imo hoc caſu de juſſu actio non competit.* Priora verba videntur Plautii: poſteriora Pauli. Sed intelligitur, ut opinor, Prætorem juſſus appellatione in Edicto voluntatem ſignificare: & patrem aut dominum, cujus juſſu negotium ſit cum ſervo aut filio geſtum, in ſolidum obligare: utique, ſi duraverit juſſus. ſed finge, revocatum eſſe, antequam crederetur. an potuit revocari? Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* putat, poſſe: quemadmodum ſi mandaſſet, & poſtea ante contractum revocaſſet, & me certioraſſet.

Quæ dixi, procedunt procul dubio, ſi quid cum ſervo proprio geſtum erit juſſu domini: nam ejus is in poteſtate eſt: & ad hunc ſpectant Edicti verba. an idem eſt, ſi quis juſſerit contrahi cum ſervo alieno? ſed non puto: clara ratione; quia hunc non habet in poteſtate is qui cum eo geri juſſit. quod deſiderat Prætor. Sed quid ſi is poſtea in poteſtate eſſe incipiat? Paulus *l.* 2. §. *ult. h. t.* Si, inquit, juſſu meo cum alieno ſervo contractum fuerit, eumque poſtea redemero, quod juſſu non tenebor. Quamobrem? ne actio quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur. Ut igitur ſit quod juſſu actio: non ſufficit, alicujus juſſu eſſe a ſervo geſtum: ſed oportet a ſervo geſtum eſſe juſſu ejus in cujus is poteſtate ſit. Quid, ſi fructuarius juſſerit, aut bonæ fidei poſſeſſor? poterat dubitari. ſed Marcellus putat, quod juſſu dandam in eos actionem: eamque ſententiam probat Ulpianus *l.* 1. §. 8. *h. t.* opinor, quia *poteſtatis* verbum in hoc Edicto latius accipitur pro habendi facultate: ut notatum ſub Titulo, *De peculio.* De hoc nemo dubitat, ſi pupillus dominus juſſerit, non teneri eum, niſi tutore auctore juſſit *d. l.* 1. §. 7. Quid, ſi tutoris juſſu ſervo pupilli creditum ſit? placet hoc Pauli *l.* 2. *h. t.* ſi ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum dandam actionem quod tutor juſſit. Idemque in curatore adoleſcentis, vel furioſi, vel prodigi, itemque procuratore, & adminiſtratore civitatis traditum *d. l.* 1. §. 9. *&* *l.* 4. *d. t.* Hoc: ſi ſervus ſit in poteſtate unius. ſed fac, eſſe in poteſtate duorum? Paulus *l. ult.* § 1. *d. t.* ſic finit: Si unus ex ſervi dominis juſſit contrahi cum eo, is ſolus tenebitur. ſed ſi duo juſſerunt, cum quovis in ſolidum agi poteſt: quia ſimiles ſunt duobus mandantibus.

LIBER DECIMUSSEXTUS.

TITULUS I.

Ad Senatuſconſultum Vellejanum.

Senatusconsultum quod Rubrica vocat Vellejanum, a Marciano in *l.* 40. *D. de condict. indeb.* appellatur Senatuſconſultum De interceſſionibus. quia prohibet fœminas pro aliis intercedere. Vellejanum autem dicitur a Cajo Vellejo Tutore, Conſule ſuffecto, qui (ut liquet ex ipſis Senatuſconſulti verbis in *l.* 2. §. 1. *h. t.*) cum M. Silano (is in Corpore J. Gruteri, *p.* 470. *Inſcr.* 1. *&* 2. vocatur L. Silanus) verba in Senatu fecit de fœminarum interceſſionibus. ponitur vero hic Conſulatus a Theod. J. ab Almeloveen, *Faſt. Conſ.* ſub finem principatus Claudii anno ab U.C. 797. quo anno Conſulem fuiſſe M. Junium Silanum, auctor eſt Dion. Caſſius.

Cauſa autem, cur hic Titulus hoc loco ponatur, mihi hæc videtur: quod in præcedentibus Titulis actio ex negotio ab aliquo geſto fuit data adverſus alium, quam qui geſſit. in præſente vero ſimiliter ex interceſſione mulieris actio a Prætore datur adverſus alium, quam adverſus mulierem. obſervatus eſt is ordo non tantum in Pandectis a Juſtiniano: ſed a Juliano quoque in Edicto perpetuo: monſtrantibus Pauli, Ulpiani, & Gaji, libris Ad Edictum. nam ut Paulus lib. 30, Ulpianus lib. 29, Gajus lib. 9, eſt ſuperiores Titulos interpretatus: ſic Paulus ad hoc Senatuſconſultum ſcripſit lib. 30, Ulpianus lib. 29, Gajus lib. 9. idque argumento eſt, vim hujus Senatuſconſulti eſſe a Juliano Edicto perpetuo ex mente Senatus ad publicam

cam utilitatem accommodatam. Sed hoc aperte Diocletianus & Maximianus *l.* 19. *C. h. t.*

Igitur quæ hoc Titulo tractantur de fœminarum intercesſione, partim debentur Senatuſconſulto, partim Perpetuo Edicto. illud fœminis, hoc etiam creditoribus, prodeſt. porro ait Ulpianus *l.* 2. *h. t.* quod primo quidem temporibus D. Auguſti, mox Claudii, Edictis eorum erat interdictum, Ne fœminæ pro viris ſuis intercederent: poſtea vero factum eſt Senatuſconſultum, ut dictum, ſub finem Principatus Claudii, quo pleniſſime fœminis omnibus ſubventum eſt. Verba Senatuſconſulti in *d. l.* 2. §. 1. hæc ſunt: *Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Conſules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ſic conſuluerunt: quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesſerint fœminæ pertinet, tametſi ante videtur ita jus dictum eſſe, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, ſi dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas ſervetur.* Corrupta eſſe hæc verba, obſervavi *lib.* 1. *Obſerv. c. ult.* ac primum pro *oportet* ſcripſi, *oporteret:* arbitratus, id loquendi uſum deſiderare: & ſi ad Sigla ſpectemus, facile ſinere ſcripturæ formam. Deinde pro his, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesſerint fœminæ, pertinet*, repoſui, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesſerint fœminæ, pertinet.* Sic quoque hic conſtat ratio ſententiæ Senatus, quæ alioquin eſt nulla. Non opus probatione. dedi *d. c. ult.* evidentem: ac ſi videris, non quæres aliam. Malo itaque excutere Senatuſconſulti verba: prius laudata ex præcepto Ulpiani *d. l.* 2. §. 2. providentia Ampliſſimi Ordinis: opem ferentis mulieribus, propter ſexus imbecillitatem multis hujuſcemodi caſibus ſuppoſitis atque objectis. proinde nec improbo hoc Pauli *l.* 1. §. 1. ſicut moribus civilia officia adempta ſunt fœminis, & pleraque ipſo jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non ſola opera, nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris.

Videamus igitur Vellejanum Senatuſconſultum. ſummam in *pr. d. l.* 1. Paulus hanc facit: quod eo pleniſſime comprehenſum eſt, *Ne pro ullo fœminæ intercederent.* Dicuntur autem pro aliis intercedere fœminæ: cum ſe pro aliis reas faciunt. Huc in *d. l.* 2. §. 1. ipſa ſe ferunt Senatus verba. nec alio it Ulpianus §. 5. *d. l.* interpretatus, fœminam procul dubio intercedere: cum in ſe ſuſcipit alienam obligationem. Utrum veterem, an novam? non refert Ulpiani, modo alienam recipiat *l.* 8. §. 1. *h. t.* idemque ſentiunt in *l.* 18. *C. d. t.* Diocletianus & Maximianus: confirmantes, fœminis vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione ſuſcipientibus Senatuſconſulto ſubveniri. De utraque obligatione diſpiciamus: ſed primum de vetere: id eſt, de ea quæ in alterius perſona ante conſtitit. hanc mulier in ſe dupliciter ſuſcipit: vel enim participat eam, vel in ſe eam transfert. ſic clare Alexander *l.* 4. *C. h. t.* participat autem hanc mulier; cum ad eam quæ in alterius perſona conſtitit, alia accedit citra novationem. & eſt exemplum; ſi mulier pro alio aut fidejubeat, aut conſtituat. Utraque enim in ſpecie vetus manet obligatio, & ad eam accedit nova: faciens intercesſionem *l.* 1. §. 1. *D. de conſtitut. pecun.* Idem puta: ſi mulier res ſuas pro alio pignori obliget *l.* 8. *D. h. t.* nam vel ſic veterem obligationem participat: etſi nullam in ſe recipit obligationem: opinor, credito, aliqua in res ejus recepta, non minus juſte ei ſuccurri in bonis ejus obligatis, quam ei, obligata ejus perſona, ſuccurritur. id ſignificavit Alexander in *d. l.* 4. eſtque ibi pro *quod in rerum earum [habitis] pro aliis obligationibus admiſſum eſt*, ex libris manuſcriptis quorum meminit Ruſſardus, legendum, *quod & in rerum earum pro aliis obligationibus admiſſum eſt.* At non tantum participando veterem obligationem intercedit mulier: ſed etiam eam in ſe transferendo. fac: pro alio mulier expromittit; aut alienum debitorem in judicio defendit *l.* 2. §. *ult. D. h. t.* nam utroque caſu obligatio transfertur genere quodam novationis *l.* 11. §. 1. *D. de novat.* & *l.* 2. *C. de pactis.* intercedit igitur vel ſic mulier. Tenes quo modo veterem obligationem mulier in ſe ſuſcipiat aut participando, aut transferendo. porro accipe, quo modo in ſe ſuſcipiat alienam novam. id fit: cum mandat alii credi; aut ſi, cum alius eſſet mutuam pecuniam accepturus, interpoſita mulier accepit, & ab initio pro alio rea fit. ut enim ſic non receperit in ſe obligationem quæ in alio conſtitit: at recepit obligationem quam alius fuiſſet ſubiturus, niſi mulier interveniſſet. Utrumque intercesſionis genus indicat Senatus hiſce verbis a me paulo ante ſic emendatis: *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesſerint fœminæ, pertinet.* Quo modo: Mulier quæ fidejubet pro alio, procul dubio recipit veterem alterius obligationem. at cui mutuum datur, cum eſt id datura alii, ea novam recipit obligationem. Eſto. verum his Senatuſconſulti verbis tantum duo continentur obligationum genera, fidejuſſio & mutuum. Sed mihi crede, hæc eſſe pro exemplis quibus illuſtretur, non reſtringatur, Senatus providentia. Ac me juvat: quod Conſules initio Senatuſconſulti dicuntur verba feciſſe generaliter de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent: nec ſe ad ullam intercesſionis formam alligarunt. Accedit, quod præterea dicitur, Senatui placuiſſe,

cuiſſe, Ne a fœminis, ſi interceſſerint, eo nomine petitio, neve in eas actio, detur. nam vel inde apparet, voluntatem Senatus ad omnes pertingere interceſſionum ſpecies: ex quibus aut actio in perſonam, aut actio in rem naſcatur. illa vero uſum habet in fidejuſſione & mutuo: iſta nuſquam, præterquam in pignore. ad mutuum certe aut fidejuſſionem non ſpectat. putemus igitur, a Senatu omnem fœminarum interceſſionem ſine diſcrimine improbari; ejuſque duo quidem proponi exempla, fidejuſſionem & mutui dationem; ſed his non excludi pignora alioſve interceſſionis modos: ex quibus actio in fœminas, aut ab his petitio, dari poſſit. Non alio conſilio Ulpianus *l.* 2. §. 4. *&* 5. *h. t.* Omnis, inquit, omnino obligatio Senatuſconſulto Vellejano comprehenditur: ſive verbis, ſive re, ſive quocunque alio contractu interceſſerint. Sed etſi mulier defenſor alicujus extiterit; procul dubio intercedit. ſuſcipit enim alienam obligationem: quippe cum ex hac re ſubeat condemnationem. Hæc nunc breviter. plura dedi *lib.* 1. *Obſerv. c. ult.* quibus utatur licet, cui tanti mea videatur diligentia.

Interim apparet, fœminarum interceſſionem hoc Senatuſconſulto inhiberi: eaque ut ſit, duo requiri. unum eſt, ut mulier obliget ſe vel res ſuas: alterum, ut ſe, reſve ſuas, obliget pro alio. primum oportet eam obligari. nam, ſi pecuniam exſolverit pro aliis, cum obligata non eſſet, interceſſione ceſſante, repetitio nulla eſt *l.* 1. *C. h. t.* Idem in remiſſione pignoris *l.* 8. *h. t.* Similiter, ſi dum Titio donatum vult, a me accepit mutuam pecuniam, & eam Titio donavit, ait Ulpianus, ceſſare Senatuſconſultum. Sed & ſi tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedere; & pro ratione addit Ulpianus, Senatum voluiſſe obligatæ mulieri ſuccurrere, non donanti. ac, ne cui hoc abſurdum videatur, præterea cauſatur, quod facilius ſe mulier obligat, quam donat *l.* 4. §. 1. *h. t.* nimirum in donatione eſt præſens periculum, & urens ſtatim. id ut ſentiunt mulieres, ita ultro ſibi cavent, ne temere jactent ſuum, ad præſentia ſatis prudentes. at ex obligationibus poſtea ſurrepens demum damnum, in præſentia non apparet: tantum in futurum prominet; ac quanto ſerius obſervatur, tanto difficilius evitatur. bene igitur Senatus ei occurrit parti quæ propter mulierum imbecillitatem auxilio potiſſimum indigebat. at ubi natura illis ſufficiebat & tenacitas ſexus: quid erat opus Senatus providentia? ſolitis Legiſlatoribus, jus ad ea potius aptare quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro, eveniunt *l.* 3. 4. 5. *&* 6. *D. de legibus.* Et extitere olim ſimilia *pr. Inſt. Quib. alien. lic. vel. non.* item *pr. Inſt. De leg. Fuſ. Can. toll.*

Ut igitur intercedere videatur mulier, obligari debet: ſed pro alio. nam ſi ſuum negotium gerat, non videtur intercedere: nec eſt ei Senatus auxilio. quin Papinianus *l.* 95. §. 2. *D. de ſolutionibus* inconditum, inquit, eſt ſubvenire ſexui mulieris quæ ſuo nomine periclitatur. fac: mulier pecuniam alii creditura, eam tamquam in uſus ſuos accepit. non eſt Senatuſconſulto locus. primum, quia nemo alioquin contrahet cum fœminis, ubi poteſt ignorari, quid acturæ ſint *l.* 11. *h. t.* deinde auxilium meruit mulierum infirmitas; calliditas non meruit *l.* 30. *h. t.* Si tamen creditor ſciverit, pro alio interceſſuram; adhuc nocebit ei exceptio: auctore Ulpiano *l.* 12. *C. h. t.* Aliquem confundat ſequens Diocletiani & Maximiani Reſcriptum *l.* 13. *C. h. t.* *Si fœnebris pecunia, juxta fidem veri, a creditore tibi data eſt: ſive tota quantitas fœnoris, ſive pars ejus in uſum mariti proceſſiſſe proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor cauſam contractus non ignoraverit.* Sed tu noli diſpari in cauſa idem jus ſtatuere. quæ in h. l. occurrit ſpecies, ad mulierum interceſſionem qua de noſtra eſt diſputatio, non ſpectat. magis continet liberalitatem marito a muliere factam. non alio ducunt verba: in his dicitur fœnebris pecunia mulieri a creditore data, in uſum mariti proceſſiſſe. non dicitur mulier, cum maritus eam pecuniam eſſet accepturus, interveniſſe, ut ſibi potius daretur fœnori, atque ipſa deinde eam fœnori daret marito. igitur obligavit ſe quidem creditori mulier, accepta pecuoia fœnebri: at pro marito ſe creditori non obligavit. eſtque error Franciſci Hotmani V. CL. *lib.* 6. *Obſerv. c.* 12. exiſtimantis, in *d. l.* 13. pro *licet* eſſe ponendum, *niſi*: alioquin a jure diſcedere Imperatores: dicentes, in propoſito parvi referre, utrum creditor ſciverit cauſam contractus, an ignoraverit. nam recte putant illi, creditori ſufficere, ipſi nullam innotuiſſe mulieris interceſſionem: licet intellexerit donationem. multum enim intereſt, num hanc, an illam, mulier exerceat. altero caſu facit adverſus Senatuſconſultum: altero non facit, ut *in l.* 4. §. 1. *&* *l.* 21. *h. t.* Non majus hic periculum a Scævola *l.* 28. §. 1. *h. t.* eſt enim ibi obſervandus mos Scævolæ frequens & familiaris: qui mos eſt; quod conſultus de facto, non de eo reſpondet, ſed de jure: facti quæſtione Judicis examini relicta.

Eſt igitur diligenter animadvertendum, cum de mulieris interceſſione quæritur, quid egerit; id eſt, utrum geſſerit negotium proprium, an alienum. poteſt enim de eo ſæpe dubitari. ſic in *l.* 8. §. 1. *h. t.* tutor in animum induxerat, diſtrahere pupilli prædia, urgente ejus ære alieno. mater venit ad tutorem: rogans, ne venderet. cum hæreret tutor; mater ei repromiſit indemnitatem. finita deinde tutela, pupillus tutorem convenit actione tutelæ male adminiſtratæ. tutor redit ad matrem. ea ſe tuetur exceptione Senatuſconſulti. an recte? quæſtio vertitur; an cautio indemnitatis faciat interceſſionem. negat Papinianus: & præfatur, quod mulier in ſe non ſuſcepit alienam obligationem: ſed ipſa

hanc fecit. at obligavit ſe pro alio. non ita eſt. obligavit ſe tutori. & ſi illi: non pro illo. non enim poteſt ſe quis eidem pro eodem obligare *l. 19 h. t. l. 71. D. de fidejuſſorib.* poſtremo pro alio obligatur demum qui pro alio ſe alii obligat. Sic Papinianus. nec aliter ſimili in cauſa Africanus *l. 19. h. t.* addo, Alexander priore ſpecie *l. 6. C. h. t.* nam eſt duplex. prior huc exit. Mater pupilli rogat tutorem: ut per eum ſibi liceat tutelam adminiſtrare. ac, ne tutor periculum a pupillo metueret, ei indemnitatem promiſit datis fidejuſſoribus. mater male geſſit tutelam. igitur finita tutela, conventus a pupillo tutor actione tutelæ, matrem repetit actione ex ſtipulatu. ait Imperator, eam recte repeti: quia non alienum negotium geſſit, ſed quodammodo ſuum. Hæc prior ſpecies. Altera talis eſt. aliquis tutor datus, volebat ſe a tutela excuſare ex cauſa aut privilegio. pupilli mater eum obſecrat, ne faciat: idque ut facilius impetret; tutori cavet de indemnitate, ſi quid pro pupillo erogaverit. Ait Imperator, matrem, a tutore coventam, Senatuſconſulto juvari: non, quod ſe tutori obligavit: ſed quia ſe tutori obligavit pro pupillo; eoque interceſſiſſe intelligitur.

Igitur ut mulier Senatuſconſulto adjuvetur adverſus interceſſionem, oportet eam pro alio obligari. & tamen evenit aliquando, ut etiam ſi alienam ſuſcipiat obligationem, hoc Senatuſconſulto non adjuvetur. id fit: cum prima quidem facie alienam, re vera autem ſuam, ſuſcipit. extant ejus generis exempla *l. 13. l. 24. D. & l. 2. C. h. t.* ſed non ſunt obſcura, nec egent explicatione. tantum notanda diſtinctio Africani *l. 17. h. t.*

Porro ſi conſtet, fœminam pro alio interveniſſe, non intereſt Senatus, quæ intervenerit. eſt enim generalis ſermo, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes quibus pro aliis interceſſerint fœminæ, pertinet*. Cujuſcumque igitur ſint conditionis, loci, aut ſtatus, fœminæ quæ pro aliis interceſſerint, SCto adjuvantur. pari enim omnium facilitate intercedendi, par omnibus debebatur auxilium. & commode Ulpianus *l. 2. §. 1. h. t.* Hoc, inquit, Senatuſconſulto pleniſſime omnibus fœminis ſubventum eſſe. Sic: ſi pro viris intercedant fœminæ. imo & ſi pro fœminis: ut enim Senatus, quæ intercedat fœmina, non diſtinguit: ita nec pro quo intercedat, quærendum putat. poterat quidem honeſtior videri fœminæ pro fœmina interceſſio: at Senatus conſulens imbecillitati ſexus, ejus levitatem etiam hac in parte improbavit. vidit hoc Paulus *lib. 2. Sent. tit.* XI. ſic ſcribens; *In omni genere negotiorum, & obligationum, tam pro viris, quam pro fœminis intercedere mulieres prohibentur*. Hyſterologia eſt: voluit enim dicere, fœminas non minus prohiberi, intercedere pro fœminis, quam pro viris. ſed nihil mutandum: frequente tali apud Veteres Hyſterologia: ut aliquoties obſervavi alibi. Finiam hanc partem, ſi addidero, infirmitatem ſexus muliebris latitudine verborum Senatus adeo protegi; ut ea fœminæ non minus adjuventur; ſi pro perſonis conjunctis & neceſſariis, quam ſi pro extraneis, intervenerint. non arceſſam argumenta. ſufficit hoc Pauli *l. 1. h. t. Vellejano Senatuſconſulto pleniſſime comprehenditur, Ne pro ullo fœminæ intercederent*: id eſt, ne pro ullo viro, aut pro ulla fœmina, ſive extranea, ſive conjuncta & neceſſaria: ut eſt, pater, filius, filia, vir proprius *d. l. 2. §. ult. l. 8. C. h. t.*

Pergit Senatus: *Tametſi ante videtur ita jus dictum eſſe, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*. Verbum, *ante*, accipe, ante ex Edictis Imperatorum Auguſti & Claudii: quibus erat interdictum, *Ne fœminæ pro viris ſuis intercederent*. Cæterorum verborum, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, non eſt alius ſenſus, quam his dedi in Senatuſconſulto Macedoniano. Puta igitur, *petitionis* nomine vindicationem venire; actionis nomine condictionem, ſeu actionem, in perſonam. ſic hæc diſtinguuntur verba: hic eo verius, quia huc ducunt adjecta illa, *ab his*, & *in eas*. Eſt igitur Senatus ſenſus, quod ante ex Edictis Auguſti & Claudii ita jus dictum fuit de fœminarum interceſſionibus, ut ſive ab his peteretur actione in rem, ſive adverſus eas ageretur actione in perſonam; utraque denegaretur. Datur autem in perſonam actio ex fidejuſſione & mutuo, verbi gratia. vindicatio vero ex pignore a muliere obligato. quod eo diligentius notandum: quia confirmat ea quæ de fœminarum interceſſione ſupra tradidi. Cæterum Senatus, cum ait, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, ad effectum poſtulatæ actionis aut petitionis reſpicit. non eſt enim illi negotium, interceſſionem ipſo jure infirmare: tantum vult, ei a Prætore effectum denegari. ita fit: ut Prætor petenti quidem det actionem aut petitionem: ſed addat exceptionem, Extra quam ſi interceſſum ſit adverſus prohibitionem Senatus. qua exceptione appoſita, ſi ad exitum reſpicimus; jam nihil intereſt, utrum nulla ſit data actio, an talis, quæ per exceptionem elidatur: ut ſub Titulis, De jurejurando, & De Senatuſconſulto Macedoniano eſt demonſtratum.

Ait Senatus, *Cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obſtringi non ſit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure additum erit, ſi dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas ſervetur*. Virilia officia hic dicuntur, quæ deſiderant animi virilis conſtantiam: quamquam in *l. 1. §. 5. D. de poſtulando, & l. 18. C. de procuratoribus* ſumuntur pro his quæ in *l. 2. D. de regulis juris* officia civilia appellantur; & egrediuntur pudorem ſexui congruentem. Sed alio reſpexit Senatus. id vidit Ulpianus *l. 2. §. 2. h. t.* dicens, Senatum tuliſſe opem mulieribus propter ſexus imbecillitatem. Nec minus Paulus *l. 1. §. 1. h. t.* verba Pauli: *Sicut moribus civilia officia adempta ſunt fœminis*,

&

Digitized by Google

& pleraque ipſo jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium in quo non ſola opera nudumque miniſterium earum verſaretur, ſed etiam periculum rei familiaris. Vix ſcio, an addam, eſt enim levius, quod hanc Senatuſconſulti formulam, *Recte atque ordine*, attingit Barnabas Briſſonius *lib.* 1. *Selećt. antiq. c.* 9. potius monebo, quod ſequentibus Senatus verbis, *Ad quos de ea re in jure aditum erit*, indigitatur Magiſtratus, cujus juriſdictio eſt. qualis, verbi gratia, Prætor, de ea re in jure adiri ſolitus. Expoſui Senatus verba. nunc mentem exponam. mihi ſic videtur: quod Senatus non directo prohibet, interceſſiones a fœminis pro aliis fieri: nec magis agit, ut factæ ipſo jure infirmentur. ſaltem ait, ſe arbitrari, non eſſe æquum, eas obſtringi hujuſmudi obligationibus modum ſexus egredientibus: ideoque auctorem fieri Prætori ad quem de ea re in jure adeatur, ut interceſſione pro aliis a fœmina geſtum ex æquo & bono reſtituat: id eſt, ita; ut ſexus imbecillitati data exceptione ſuccurrat: (quod & ante Edictis Imperatorum Auguſti & Claudii obtinuit, ſi quæ pro viro ſuo interceſſiſſe diceretur) nec ob id negligat creditores, ſi vel eorum jus ſervari poſſit: tametſi id ante non fuerit uſque quaque factum. Sic Senatus. Quid Prætor? excitatus ea auctoritate, propoſuit Edictum: cujus ſententia (nam verba periere) mea opinione, talis fuit. *Quod cum muliere geſtum erit, ſi pro alio interceſſiſſe dicetur; uti quæque res erit, animadvertam.* Igitur cum ex Edictis Auguſti & Claudii, ſi pro viris ſuis fœminæ reæ fierent, ante ita jus diceretur; ne eo nomine in eas actio, neve ab his petitio daretur: Prætori hoc plus æquum viſum eſt, quocumque modo interceſſerint fœminæ, de interceſſione ita jus dicere: ut non ſolum illis ſuccurratur data exceptione: ſed etiam creditori in veterem debitorem, aut certe in eum qui mulierem pro ſe ream conſtituiſſet, actio detur. Hoc cenſeo: & ſignificat Paulus *l.* 1. *§.* 2. *h. t.* cauſatus, quod magis debitor, quam creditor, mulierem decepit. Sed prima Prætoris cura eſt: ne actio petitioque adverſus fœminam ex ejus interceſſione detur. quod etiam ante fuiſſe obſervatum, Senatuſconſulti verbis declaratur. inde Pomponius *l.* 32. *§.* 2. *h. t. Totum*, inquit, *ſermonem Senatuſconſulti ſpectare ad petitionem non dandam*: id eſt, ad dandam mulieri exceptionem. Datur vero illa non tantum ipſi mulieri quæ interceſſit: ſed heredibus quoque, eam poſt mortem repræſentantibus *l.* 20. *C. h. t.* An & fidejuſſoribus? poterat dubitari, propter Senatuſconſulti verba, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Sed facile obtinuit, ut exceptio daretur fidejuſſori, regreſſum adverſus mulierem habituro; eo quod hoc caſu videretur ipſi quodammodo mulieri dari: illud obſcurius; an idem obtineat, ſi fidejuſſor non habeat regreſſum talem. non enim placuit Caſſio. ſed alia fuit Juliani ſententia: præfati, Senatum totam improbare obligationem *l.* 16. *§.* 1. *h. t.* interim eſt hoc quoque quæſtioni: eadem vel ſimili Senatuſconſulti Vellejani locutione quæ eſt Macedoniani. & tamen in hoc alio jure utimur: ut Ulpianus refert *l.* 9. *§.* 3. *D. de Senatuſc. Macedon.* Scio: remedium huic difficultati dedit Accurſius: dedere alii, ſuo quiſque modo: fuit etiam qui negaret, integra eſſe Senatuſconſulti verba, eaque cauſa non intelligi plene. At mihi horum nihil arridet. quin puto, ex Senatuſconſulti verbis, quod Julianus dixit, liquere ſatis: præſertim reputantibus, ea ſpectare ad favorem fœminarum, propter earum imbecillitatem. aliter ac fit in Senatuſconſulto Macedoniano: quod totum eſt comparatum in odium fœneratorum; eoque civilem quidem improbat obligationem; ſed non æque naturalem. verum hoc egregie eſt obſervatum olim a Marciano *l.* 40. *D. de condictione indebiti*, nec opus pluribus.

Hactenus Prætor, Senatus auctoritatem ſecutus, mulieri intercedenti conſuluit data adverſus creditorem exceptione. Succedit actio qua eum creditori illa interceſſione læſo, ſuccurrere æquum eſt. fuit quidem hæc actio, ut dixi, Edictis Auguſti & Claudii non uſque quaque cognita. eam tamen ulterius negligi non ſivit Senatus: videlicet, ne injuria oriretur inde, unde jura naſci oportebat. Sed ut non uno modo intercedit mulier: ita non eſt unus hujus actionis uſus. utique, ſi participando veterem obligationem interceſſit mulier, expedita res eſt: nam creditori ſalva manſit vetus actio: nec eſt ratio, cur hæc ei denegetur adverſus veterem debitorem. quod ſi mulier pro alio intercedens, veterem actionem novatione in ſe tranſtulit: hoc caſu oportet Prætorem, reſciſſa novatione qua ſublata vetus actio eſt, creditori adverſus veterem debitorem actionem utilem reſtituere. quod ſi ita mulier interceſſit; ut ab initio ſe pro alio ream conſtitueret: jam nulla fuit vetus actio, & quod unum ſupereſt, dat Prætor, ſubducta mulieris perſona, adverſus eum pro quo interceſſit, actionem novam quæ magis inſtituit, quam reſtituit, actionem. eſt vero æque hæc, ac ſuperior, utilis. altera reſtitutoria, altera inſtitoria, appellari poteſt *l.* 1. *§.* 2. *l.* 8. *§.* 13. *&* 14. *D. h. t.* & ad has actiones pertinet traditum *l.* 10 *d. t.*

Sed de Senatuſconſulto & Edicto ſatis. Niſi obiter repetendum, quod ante dixi, unam Senatui fuiſſe cauſam mulieres adverſus earum interceſſionem adjuvandi propter ſexus imbecillitatem: ideoque eas deſtitui a Senatu; ſi (ut in *l.* 2. *§.* 3. *D. & l.* 5. *& l.* 18. *C. h. t.*) callide verſatæ, creditorem deceperint: quaſi (quod eſt ex Reſcriptis D. Pii & Severi juſtiſſime obſervatum) infirmitas fœminarum, non calliditas, auxilium meruerit. Pari æquitate eſt in *l.* 23. *C. h. t.* a Juſtiniano ſancitum, mulie-

 rem,

Digitized by Google

rem, ſi interceſſerit, ſive ab initio, ſive poſtea, aliquid accipiens, ut ſeſe interponat, omnimodo teneri, & non poſſe Senatuſconſulti Vellejani uti exemplo; ſive ſine ſcriptis, ſive per ſcripturam, ſeſe interpoſuerit. imo (quod obſervandum) additur in §. 2. *d. l.* niſi certa forma ibi præſcripta, a muliere facta ſit interceſſio, ne Senatuſconſulti quidem auxilio ipſi opus eſſe. Sed ut eo redeam, eſt & alia, præter ſuperiorem, inventa a Juſtiniano exceptio *l.* 24. *C. d. t.* item alia in *l.* 22. *eod.* a qua tamen in *Authent. Si qua mulier* mox ſequente, adhuc excipitur mulieris interceſſio pro marito: ut ibi poteſt videri. Quid, ſi mulier renunciet beneficio Senatuſconſulti Vellejani? jam valere renunciationem, plerique omnes cenſent: modo mulier ante ſit de privilegio ſuo admonita. movetque Viros Doctos; quod hoc Senatuſconſultum eſt factum in favorem mulierum; & unicuique licet favori ſuo renunciare. Sed noli accedere illi ſententiæ, quamvis ſeculi moribus receptæ. eam refutavit D. Vinnius *lib.* 1. *Select. quæſt. c.* 48. non ineleganter: verum unus omnium pulcherrime Vir doctrina & judicio Eximius, Joſephus Averanius, Anteceſſor Piſanus, *Interpretationum juris lib.* 2. *c.* 5. *pag.* 384. *& ſeqq.* nec habeo quod addam veriſſimæ quæſtionis interpretationi.

TITULUS II.

De Compenſationibus.

In ingreſſu Tituli, De compenſationibus, ſi forte quæratur, quemadmodum is cum præcedentibus cohæreat: parata reſponſio eſt, occaſionem conjunctioni obveniſſe a juris ſimilitudine. nam ſicut in prioribus fuit æquum viſum, aliquando adverſus alium, quam qui contraxit, actionem dari: ita ſub præſente placuit Titulo, ſubinde adverſus alium, quam cum quo contractum eſt, compenſationem permitti.

Compenſationis autem appellatione, quæ & penſatio dicitur *l.* 7. *h. t. l.* 39. *D. Solut. matrim.* Veteres indigitant mutuam quamdam ſolutionem: deducta verbi origine a pendendo, hoc eſt, ſolvendo: eo quod ſolutio, ante nummum forma publica ſignatum, fiebat appenſione æris gravis. unde pendere pœnas, & penſiones, & expenſa in rationibus, item impendia, & impendere, ſimiliaque alia ſupereſſe, auctor eſt Feſtus in verbo, *Pendere*, & Plinius *lib.* 33. *Nat. hiſt. c.* 3. nec mirum, penſare dici pro ſolvere, vel retinere pro ſoluto; & compenſari quod ab utraque parte debitum, ab utraque pro ſoluto, ſive dependſo, habetur. hoc compenſatione contingere, Julianus indicat *l.* 2. *h. t.* his verbis: *Unuſquiſque creditorem ſuum, eumdemque debitorem, petentem ſummovet, ſi paratus eſt compenſare.* Julianus vult, ubi Titius debet Sempronio, & Sempronius debet Titio; neutrum teneri ſolvere: licere enim convento proteſtari, ſibi tantumdem deberi: nec iniquum videri, quod alteri ab altero debetur, utrimque retineri quaſi ſolutum: nullo diſcrimine, utrum alter alteri ſolvat palam, an alter quod apud alterum eſt, manere patiatur. Sed hoc compertæ benignitatis eſſe, obſervat Pomponius *l.* 3. *h. t. Ideo*, inquiens, *compenſatio neceſſaria eſt, quia intereſt noſtra, potius non ſolvere, quam ſolutum repetere.* Nempe licebat petitori, objecta ei ab adverſario compenſatione mutui debiti, dicere: Tu ſolve mihi quod debes: & ſi putas me invicem debere tibi: jus eſt tibi petere: mihi defendere. Sic ex rigore juris. Sed pulchre animadvertit Pomponius, hunc deflectere a communi utilitate. primum refert omnium, lites minui. deinde cui bono ſolvere, & ſolutum mox repetere? jam, ſi ego ſolverim tibi; tu, cum repeto, non ſis ſolvendo: nonne intereſt mea, potius non ſolvere, quam ſolvere & ſolutum repetere? imo, ſi rem recta putamus via, non tu longe abes a dolo: petens quod mox es redditurus *l.* 173. §. 3. *D. de reg. jur.* eoque trahens jus meum, cum interim ſiueris tuo. id certe nolit æquitas in judiciis præſertim bonæ fidei: in quibus Judici (auctore Juſtiniano §. 30. *Inſt. de actionib.*) permittitur poteſtas ex æquo & bono æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. quin & in ſtricti juris judiciis, ut idem inſit Imperator, ex Reſcripto D. Marci, oppoſita doli mali exceptione compenſatio inducebatur. Debetur igitur compenſatio non tam ſubtilitati juris civilis, quam æquitati naturali.

Definitur autem a Modeſtino *l.* 1. *h. t. debiti & crediti inter ſe contributio.* Nec dubito, quin Modeſtinus contributionem dicat pro confuſione, ſeu mixtione ex mutua ſolutione profluente: interprete Lipſio, Notis ad Senecam *lib.* 6. *De benefic. c.* 5. *n.* 37. nam ſolutio eſt tributio, ſeu præſtatio. tributum dicitur in *l.* 2. §. 2. *D. de Leg. Rhod. de jact.* inde contributio Paulo mutua ſolutio *d. l.* 2. §. 7. *& l.* 1. *d. t.* Sit igitur compenſatio mutua ſolutio, juris interpretatione quaſi per brevem manum facta. Ut vero illa obtingat, deſiderat Modeſtinus, ab utraque parte eſſe debitum & creditum, inter ſe contribuendum, ſive miſcendum, confundendum, exæquandum. Et Modeſtino conſentit Alexander *l.* 4. *C. h. t. Si*, inquiens, *conſtat pecuniam invicem deberi, ipſo jure pro ſoluto compenſationem haberi oportet, ex quo ab utraque parte debetur.* Ut igitur procedat compenſatio, vult tam Alexander, quam Mo-

Modeſtinus, utrimque eſſe debitum & creditum. nec addit hic aut ille, quale id eſſe oporteat. ſed nullus labor; utroque jure, id eſt, & civili & naturali, debito: nam tum ſolutum non repetitur: quia ab invito exigitur efficace actione *l.* 108. *D. de verb. ſignif.* habetur igitur vere debitum: nec eſt, cur non optimo jure compenſetur: ſive inſtar ſolutionis, ſive inſtar petitionis reputetur compenſatio.

Similis ratio eſt debiti naturalis & Prætorii. ſit exemplum: Servus de peculio ſuo contraxit. dominus ex hoc contractu non tenetur jure civili: quia non ipſe contraxit, ſed ſervus. ex alterius autem facto alium ignorantem obligari, non ſinit juris regula. Interim non poteſt negari, dominum qui ſervo conceſſit peculium negotiandi cauſa, videri in ejus contractum tacite conſenſiſſe: & eſſe bonum factum Prætoris, creditori adverſus eum, non quidem in ſolidum, ſed quatenus in peculio ſit, actionem de peculio concedentis. Putemus igitur, æque juſte hoc nomine adverſus eum, ſi agat, indulgeri compenſationem ſini peculii quod ſervus habet. Sic Papinianus *l.* 19. *D. h. t.* & eſt caſus, quem tractat, talis: Debitor Reipublicæ, ſi pecuniam publicam ex contractu Reipublicæ debitam ſervo publico citra voluntatem eorum ſolvit, quibus debitum recte ſolvi potuit: id eſt, citra voluntatem adminiſtratorum Reipublicæ: de quibus ſupra ſub *Tit. Quod cujuſq. univerſ. nom.* tali ſolutione ſe non liberavit a Republica: & ideo, ut ait Papinianus, *obligatio priſtina manebit integra:* nec eſt cauſa, cur non denuo a Republica agi poſſit. cæterum, quia facta ſervo ſolutione, etſi male, cum eo geſtum eſt negotium, ex eoque Reſpublica poteſt jure Prætorio actione de peculio conveniri, dabitur debitori, Republica priſtina actione agente, compenſatio peculii ſini, id eſt, ad modum peculii quod ſervus habebit. Elegans fuit ſuperior ſpecies: ſed æque elegans erit ſequens in *l.* 15. *h. t.* ex Javoleni lib. 2. Epiſtolarum: En, ſtipulatus ſum, pecuniam a Titio dari certo loco. viciſſim debeo Titio pecuniam. hanc ille a me petit: eſt mihi jus, compenſare pecuniam mihi certo loco debitam. nam poſſum eam eo loco jure civili petere actione directa: etiam alio actione arbitraria, id eſt, utili ex Edicto Prætoris, facta mentione loci certi. nec de hoc ulla eſt dubitatio. illud quæritur; an etiam penſandum ſit, quanti mea interfuit dari certo loco? dices, de eo neque rogatum in contrahendo eſſe, neque reſponſum: ideoque hoc ex ſtipulatu non deberi, nec peti poſſe actione directa & civili. interim conſtat, me pecuniam certo loco promiſſam alio loco petente actione utili atque arbitraria, officio Judicis haberi rationem ejus quod intereſt actoris vel rei, alio loco non eſſe datam. an igitur vel id quod intereſt propter locum, in propoſito venit in compenſationem? placet Javoleno: quia ut vi ſtipulationis non debeatur actione directa: at petita actione utili quæ eſt arbitraria, circa ejus executionem officio Judicis debetur. Hoc evincit Javolenus ſequentibus verbis: *Si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promiſit, in compenſationem deduci oportet: ſed cum ſua cauſa, id eſt, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit, pecuniam dari.* Sic Javolenus: & utile fuerit, hoc eo diligentius retineri: quia in *l.* 4. *&* 5. *C. h. t.* ſimilem uſum accipit circa uſuras: quas aliquando jure obligationis, aliquando officio Judicis, applicari, diſcitur ex *l.* 4. *C. Depoſiti. l.* 49. *§.* 1. *D. de act. empt. l.* 54. *D. Locati.*

Sed apparet, jure naturali & civili aut Prætorio debitum ſive obligatione, ſive officio Judicis, compenſationem recipere: ſi quidem conteſtata lis non ſit. imo & ſi ſit. Ecce: (quod eſt exemplum *l.* 8. *h. t.*) ego a te petii mihi debitum aliqua ex cauſa; & litem ſum conteſtatus. deinde tu adverſus me agis ex alia cauſa. poſtulo, pecuniam de qua judicium jam accepi, compenſari cum ea quam a me petis: quod dico, utramque eſſe debitam, & utramque pro ſoluta haberi, paris æquitatis eſſe. quæritur; an obtinere debeat compenſatio? poterat quis exiſtimare, pronunciandum eſſe ſuper pecunia de qua judicium lite conteſtata conſtitutum eſt. ſed aliter viſum Gajo; ſic ſcribenti: *In compenſationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis conteſtata eſt.* & hanc addit rationem; *Ne diligentior quiſque deterioris conditionis habeatur, ſi compenſatio ei denegetur.* Optime: nam ut eſt in regulis juris, non ſolet deterior conditio fieri eorum qui litem conteſtati ſunt, quam ſi non: ſed plerumque melior *l.* 86. *&* 87. *D. de reg. jur.*

Sequitur alia circa debitum obſervatio, nec ipſa hoc loco negligenda. ea obſervatio eſt: quod qualecumque ſit debitum compenſationem admiſſurum, oportet purum eſſe: ſic enim & ceſſit & venit ejus dies *l.* 213. *D. de verb. ſignif.* itaque & ſolvi & peti poteſt: nec eſt, cur non compenſetur: certo, compenſationem tam inſtar petitionis, quam inſtar ſolutionis, haberi. Aliter eſt; ſi in diem debeatur. nam (ut Ulpianus ait *l.* 7. *D. h. t.*) *quod in diem debetur, non compenſabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.* Poſtrema verba, *quamquam dari oporteat*, occupant objectionem, eis tacite inhærentem. nam in diem debiti non quidem ſtatim venit dies: ſed ſtatim ceſſit: eſtque ejus effectus, ut non quidem poſſit peti ante, quam venit dies, id eſt, ante quam præteriit dies obligationi appoſita: ſed interim nata ſit obligatio, & debeatur *d. l.* 213. uſque adeo; ut Paulus *l.* 10. *D. de condict. indeb.* ſic opinetur: *In diem debitor adeo debitor eſt, ut ante diem ſolutum repetere non poſſit.* Id vero ſi eſt: forte

videatur alicui non eſſe a jure alienum, compenſari in diem debitum, hoc colore: quod compenſatio ſit inſtar ſolutionis. Sed id nihil movet Ulpianum; memorem, obligationi diem non adjici in favorem ſtipulatoris, ſed promiſſoris: hunc igitur volentem recte ſolvere ante diem: illum ante diem ab invito non recte petere *l.* 41. §. 1. *D. de verb. oblig. l.* 70. *D. de ſolut.* compenſationem porro eſſe ſpeciem petitionis *d. l.* 15. *D. rat. rem. hab.* &, ſi debitori objicitur ante diem, non alium fore exitum: niſi ut ab invito petatur ſolutio ejus quod ante diem non debet peti: quia ab eo petitur, ut id interim ſit pro compenſato: id eſt, ut eo modo perinde liberetur, ac ſi ſolutum eſſet. hoc autem fieri, non ſinit forma aut ratio obligationis in diem conceptæ, quamdiu nondum venit dies.

Hæc: ſi debitum utroque jure adjuvetur & civili & naturali. quid, ſi altero nitatur tantum? pone, aliquid jure civili deberi; naturali non deberi. eſtne ejus compenſatio? facit hinc: quod jure civili parit actionem; & peti poteſt. inde facit: quod actio naturali carens æquitate, ſi inſtituatur, per exceptionem eliditur. ſic vero nil intereſt, ipſo jure non ſit, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.* imo perinde eſt, quaſi debita juribus, id eſt, jure civili aut naturali, non ſit pecunia *l.* 3. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* quare ſoluta etiam repeti poteſt, tamquam indebita. nec male Javolenus, *Quæcumque*, inquit, *per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt l.* 14. *D. h. t.*

Videamus de mero naturali debito. nam de eo, an compenſetur, ideo ſolet in conſilium iri: quod deſtitutum auctoritate juris civilis, non parit actionem qua exigatur. quin hoc intuitu parum abeſt ab indebito; nec videtur ſufficere ad compenſationem, ſpeciem petitionis præferentem *l.* 15. *D. Rat. rem. hab.* Sed hanc ſubtilitatem quæ tota eſt juris civilis, adſpernatur compenſatio: unius ſtudioſa æquitatis naturalis. ſane ut peti nequeat naturale debitum, poteſt ultro ſolvi: ſolutum autem non poteſt repeti *l.* 10. *D. de oblig. & act.* & bene habet, quod Pomponius *l.* 51. *D. de condict. indeb. Ex quibus cauſis*, inquit, *retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repetere non poſſumus.* ita minus proprie debitum ſit naturaliter tantum debitum, præſertim collatum cum naturali & civili debito: at per abuſionem non male debitum intelligitur *l.* 16. §. 4. *D. de fidejuſſorib.* nec intercedit Ulpianus; ne vel ipſum in compenſationem recte deducatur *l.* 6. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Etiam quod natura debetur, venit in compenſationem.* Dixi breviter, quid mihi ſedeat. plenius eſt hanc quæſtionem exequutus D. Vinnius V. CL. *lib.* 1. *Select. quæſt. c.* 49. ubi, ſi libet, vide: nec pigebit vidiſſe.

Ex ſuperiore quæſtione nata eſt alia, quam in *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* his verbis terminat Papinianus: *Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui & ipſe pridem illi judicatus eſt, compenſatio admittetur.* Thema tale eſt: Ego fui damnatus Judicis ſententia, tibi centum dare. & efluxit tempus damnatis ad conficiendam pecuniam indulgeri ſolitum. ejus temporis meminit Calliſtratus *l.* 31. *D. de re judicata*, etiam Lex Duodecim Tabularum; qua id triginta dierum fuiſſe, refert A. Gellius *lib.* 15. *Noct. Attic. c.* 13. & *lib.* 20. *c.* 1. deinde tu es ex alia cauſa damnatus, mihi tantumdem dare: & indultum tibi conſimile ſpatium ſolvendæ pecuniæ eſt. hoc nondum elapſo, tu agis adverſus me actione rei judicatæ. quæritur; an poſſit adverſus te admitti compenſatio ejus pecuniæ ad quam tu condemnatus es mihi? ait Papinianus. at nondum elapſum eſt tempus legibus tibi conceſſum; & in diem debitum, ut ante dictum, ante quam dies venit, non compenſatur; dilata ejus executione poſt diem. ſed id levis momenti eſt ex Papiniani ſententia, ſic cauſati: *aliud eſt enim, diem obligationis non veniſſe; aliud humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis.* Papinianus negat, in propoſito eſſe in diem debitum. contra putat, eſſe debitum purum: cujus dies ceſſerat & venerat jam ante ſententiam. tantum, inquit, damnato humanatis gratia indultum eſſe tempus. aliud autem eſſe, diem obligationis non veniſſe: aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis.

Dixi de jure debiti ad compenſationem apti. Adhuc dicendum de cauſa ex qua id proficiſci oporteat: nam ne hanc quidem diſtinxit Modeſtinus *l.* 1. *h. t.* compenſationem ſimpliciter definiens, debiti & crediti inter ſe contributionem. putemus igitur, generali & lato ſermone effici: ut nihil interſit, (quod & Paulus monet *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5.) utrum par, an diſpar, ſit debiti cauſa: nec magis, utrum debeatur ex contractu, an quaſi ex contractu; item utrum ex maleficio, an quaſi ex maleficio. exempla ſatis pulchra dedit Ulpianus *l.* 10. *pr.* §. 2. & 3. *h. t.* nec opus explicatione. pro ea ſerviet hoc Senecæ *lib.* 6. *De benefic. c.* 4. *Colonum ſuum non tenet, quamvis tabellis manentibus qui ſegetem ejus proculcavit, qui ſuccidit arbuſta: non quia recepit quod pepigerat, ſed quia ne reciperet, effecit. Sic debitori ſuo creditor ſæpe damnatur, ubi plus ex alia cauſa abſtulit, quam ex credito petit. Non tantum inter creditorem & debitorem judex ſedet qui dicat pecuniam credidiſti. quid ergo pecus abegiſti, ſervum ejus occidiſti. argentum quod* (ita legit V. CL. Juſtus Lipſius) *non emeras, poſſides: æſtimatione facta, debitor diſcede qui creditor veneras.* Curioſe & ex arte Seneca etiam ex maleficio admittit compenſationem; non ubi criminaliter ex eo agitur, ſed cum civiliter. plane convenienter huic Ulpiani *d.* §. 2. *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex cauſa fur-*

furtiva, *cæterorumque maleficiorum*, *ſi de ea pecuniarie agitur*, *compenſatio locum habet. Sed & qui noxali judicio conveniuntur*, *compenſationem opponere poteſt.* Ratio differentiæ inter civilia & criminalia judicia eſt optima: quod in civilibus & pecuniariis actionibus poteſt æſtimatio mutui debiti, ut utrimque privati commodi eſt, per compenſationem, quaſi ex utriuſque conſenſu, privato jure tolli, nullo tertii damno aut præjudicio: ubi vero ab utraque parte incurrit criminis perſecutio; neutri debetur pœnæ æſtimatio; ſed reipublicæ crimine utriuſque læſæ *l. 9. §. 5. D. de publicanis.* ideoque neutra alteri in compenſationem deduci poteſt, ſalva utilitate vindicandæ reipublicæ. Aliquem fruſtretur hoc Papiniani ex *l. 39. D. Solut. matrim. Viro atque uxore mores invicem accuſantibus, cauſam repudii dediſſe utrumque pronunciatum eſt. id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempſerunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua penſatione diſſolvuntur.* Sed nolim, eum quem hic vexet locus, putare, a Papiniano diſputari de publica criminis accuſatione ex Lege Julia de adulteriis, quamvis & Legis meminerit, & accuſationis: non enim ita eſt. contra pertinet ejus diſputatio tantum ad judicium de moribus, frequens tum & uſitatum, poſt abolitum *l. 11. §. ult. C. de repud.* In eo judicio, divortio a viro & uxore facto, invicem petebantur pœnæ injuſti repudii, ob malos alterius mores, cum leviores, tum graviores: de quibus Ulpianus *Fragm. tit. 6.* id judicium Papinianus vocat accuſationem, exemplo Scævolæ *l. 47. D. Solut. matrim.* quamquam eſſet privatum & civile judicium: ſicut querela inofficioſi teſtamenti accuſatio appellatur *l. 17 D. de inoffic. teſtam.* In eo igitur judicio de moribus privato & ordinario, ſi maritus accuſaverit mores uxoris, & viciſſim uxor accuſaverit mores viri, petitis hinc inde pœnis divortii civilibus & pecuniariis; & pronunciatum ſit, utrumque divortio dediſſe cauſam: recte putat Papinianus, paria delicta mutua penſatione diſſolvi: eoque a neutra parte deberi divortii pœnas. Sic in judicio de moribus civili & ordinario: at in publico & criminali Ulpianus *l. 2. §. 5. D Ad leg. jul. de adult.* contra ſcribit hoc modo: *Si publico judicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accuſatione? Et putem, non repellere. lenocinium igitur mariti ipſum onerat, non mulierem excuſat.* Clarius & uberius Imp. Antoninus *lib.* XIX. *Cod. Gregor. tit. 2. Habebant autem ante oculos inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuiſti. periniquum enim mihi videtur eſſe, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipſe non exhibeat. quæ res poteſt & virum damnare, non ob compenſationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel cauſam facti tollere.* Extat idem locus eodem ſenſu, non peræque iiſdem verbis in *l.* 13. §. 5. *D. Ad leg. jul. de adult.*

Quacumque igitur ex cauſa debitum ſit, utique privatum & civile, ejus compenſatio eſt, ſi agatur perſonali actione: nam hac petitur proprie debitum ex obligatione. at actiones in rem, non ex debito, nec ex obligatione, veniunt; ſed ex dominio, vel jure in re, proficiſcuntur §. 1. *Inſt. de actionib.* ita quæ in illis antiquitus obtinebat compenſatio, in his incognita fuit ante Juſtinianum. primus (quod obſervavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 15. *Obſerv. c.* 12.) ille Imperator mutavit vetus jus *l. ult. C. h. t.* unde deſcriptus eſt §. 30. *Inſt. de actionib.* in quo ſic inſit: *Noſtra Conſtitutio eaſdem compenſationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcumque.* Imp. Juſtinianus *debitum*, in compenſatione ante ſolitum hærere intra perſonales actiones, ad actiones in rem porrexit: arbitratus, reſtitutionem poſſeſſionis quæ his vindicatur, jure quidem civili domino non deberi ex ejus & poſſeſſoris conventione: ſed ei deberi nihilominus jure gentium ex primæva conventione diſtinctorum dominiorum: non male, nec ſine exemplo: nam ita res habet; & hoc modo etiam *debitum* accipi in definitione actionis *pr. Inſt. eod tit* & *l. 178. §. ult. D. de verb. ſignif.* quod ſe vavi alibi Juſtinianus tamen ab actionibus cæteris excipit actionem depoſiti *d.* §. 30. nimirum, *ne ſub prætextu compenſationis depoſitarum rerum exactione quis defraudetur.* Nec improbes, ſi ſapis, reverentiam bonæ fidei in depoſiti actione etiam ſervatam olim a Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. § *ult.* ſic ſcribente: *In cauſa depoſiti compenſationi locus non eſt, ſed res ipſa reddenda eſt.* Jam enim annotatum ſupra *lib.* 1. *Tit.* 6. *De his qui ſunt ſui vel alien. jur.* aliquoties fieri apud Veteres, ut qui aliquid confirmat, aut in uſum revocat, ampliatve, id conſtituiſſe dicatur. Magis mirere, quod Imperator *d.* §. 30. *Excepta*, inquit, *ſola depoſiti actione.* & in §. 2. *d. l. ult.* præter hanc, etiam aliam ponit exceptionem his verbis: *Poſſeſſionem autem alienam perperam occupantibus compenſatio non datur.* Sed videamus, ne Imperatori in *d.* §. 30. non ſit negotium, appoſitione verbi, *ſola*, exceptionem reſtringere ad unam depoſiti cauſam. primum apparet contrarium ex *d.* §. 2. deinde in fine principii ejuſdem legis, cum quo conſentire debet *d.* §. 30. inde deſcriptus, non dicit Juſtinianus, *Excepta ſola depoſiti actione*, ſed ait, *Excepta depoſiti actione:* indicio indubitato, voculam, *ſola*, in *d.* §. 30. non pertinere ad excluſionem exceptionis modo allatæ ex *d.* §. 1. *l. ult.* nec præciſe accipi pro *tantum*: ſed pro *præcipue*: ut in hoc Virgilii *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 29.

An Deus immenſi venias maris & tua nautæ
Numina ſola colant.

Quod ibi in Notis obſervat Servius Hono-

ratus, vetus Grammaticus. Eodem ſenſu Alexander *l. 1. C. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. quam præt. lib. pollic. Liberi*, inquit, *contra tabulas parentum bonorum poſſeſſione admiſſa*, ſolis *parentibus & liberis legata præſtare ſecundum Edictum debent.* Cum ait, *ſolis*, intelligit *præcipue*: nam Edictum præter parentes & liberos, etiam uxori nuruique dotis nomine legatum præſtari jubet. Similiter puto in *l. 12. C. de oper. libert.* a Diocletiano & Maximiano dici, eos qui manumittuntur, patronorum filiis *ſolam* reverentiam debere: nam & operas eis deberi, conſtat ex *l. 5. l. 7. §. 6. & ſeqq. D. de oper. libert.*

Expenſis pleriſque compenſationis articulis, age, nunc ejus formam, ſimul effectum, conſideremus. eſt vero expedita utriuſque via in judiciis bonæ fidei: Prætore in his jubente, Si paret, condemnari ex fide bona. ſic enim non tenebatur Judex ſequi apices juris *l. 29. §. 4. D. Mandati.* contra permittebatur ei libera poteſtas ex æquo & bono æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. §. 30. *Inſt. de act.* adeo poterat compenſationem, ſi liqueret, utrimque deberi, pro portione mutui debiti ex fide bona admittere; & ſecundum eam alterum ab altero in totum vel pro parte abſolvere: perinde ac ſi neuter alteri teneretur, utraque actione ipſo jure ſublata vel imminuta. videlicet, quod creditur dolo agere: petens, ſibi ſolvi, cum invicem debet, & recuſat æquitatem objectæ compenſationis. talis vero exceptio, exemplo cæterarum, ineſt judicio bonæ fidei *l. 3. D. de reſcind. vend. l. 84 §. 5. D. de legat. lib. 1. l. 21. D. Solut. matrim.* & officio Judicis continetur, nec habet conteſtatione apud Prætorem opus. *l. 38. & l. 58. D. de petit. hered.* id vero quo ſpectat; niſi ut obligatio putetur tolli ipſo jure? Sic in bonæ fidei judiciis. aliter in judiciis ſtricti juris: anguſtia formulæ, Si paret condemna, diſcrimen faciente. Rem exemplo demonſtrabo. Igitur ſi actor ex mutuo, aut quo alio judicio ſtricti juris, apud Prætorem petat centum, iſque viciſſim reo debeat tantum ex ſtipulatu aut teſtamento: multum intereſt, utrum reus debitum pure inficietur; an confiteatur, ſe debere; ſed dicat, ſibi invicem deberi, itaque dolo malo agere actorem qui petit quod mox ſit redditurus. priore caſu ſolet Prætor Judici, poſtulante actore, talem præſcribere formulam: Si paret, Gajum Sejo centum ex mutuo dare oportere, condemna. Pura hæc, ut vides, formula: atque ex ea unum Judicis officium cognoſcere, utrum actori a reo ex mutuo debeantur centum: reumque, ſi pareat, condemnare, licet proclamantem, ſibi tantumdem deberi; eoque iniquum fore, ſe condemnari. ſcilicet, quia Judex non eſt juſſus judicare; utrum æquum ſit, condemnari eum cui tantumdem ab actore debeatur; ſed dumtaxat, an actori a reo centum ex mutuo debeantur. ultra autem formulam neque accepit, neque habet judicandi facultatem. Poſteriore caſu non ſolet Prætor Judici præſcribere formulam puram; ſed ut poſtulavit reus, ſub conditione, hoc modo: Si paret, Gajum Sejo ex mutuo centum dare oportere, condemna, extra quam ſi dolus intervenerit; vel, præterquam ſi reo tantumdem ab actore debeatur. Igitur ordinato ſic judicio, jam hic erit exitus; ut poſſit reus, poſtquam actor intentionem ſuam probavit, a Judice petere, admitti exceptionem compenſationis, ſive doli mali: probato, ſibi invicem deberi. Nec minus poteſt Judex, cognita veritate exceptionis, reum ſecundum formulam, ſibi a Prætore præſcriptam, abſolvere: more in judiciis recepto; de quo egi *lib. 1. De juriſdict. & imper. c. 13.* & *De forma emendandi doli mali c. 5. & 7.*

Ab hiſce initiis actionum bonæ fidei & ſtricti juris profecta compenſatio, in iis non uſque quaque perſeveravit: quibuſdam Jureconſultis (quos inter Neratius *l. 4. D. h. t.*) compenſationem etiam in actionibus ſtricti juris ipſo jure admittentibus: hoc prætextu, quod quo tempore viciſſim deberi cœpit quantitas, eo tempore jam fuit utraque obligatio mutuo conſenſu ſublata, quaſi ſolutione per brevem manum facta. Ea tamen varietate quod incerta fieret compenſationis forma, aliis hanc, aliis illam, præferentibus: dicitur Imp. Divus Marcus de jure conſultus, pro more illorum temporum, reſcripſiſſe magis quod tutius, (ſic mihi videtur) quam quod verius eſſet, compenſationem in judiciis ſtricti juris fieri oppoſita exceptione doli mali §. 30. *Inſt. de actionib.* Cæterum, ut alibi ſæpius itum a Jureconſultis fuit adverſus Principum Reſcripta & Decreta: ita in præſenti contraria prævaluit ſententia: omnibus Jureconſultis tandem in Fori diſputatione uno ore conſentientibus, (ſic accipio Paulum in *l. 21. D. h. t.*) actiones omnes tam ſtricti juris, quam bonæ fidei, compenſatione, tamquam genere quodam ſolutionis, ipſo jure tolli. Addo, nullo diſcrimine, utrum liquidum eſſet utrumque debitum, an alterum, aut etiam utrumque, illiquidum: nam hujus diſcriminis nec vola, nec veſtigium eſt ante Juſtinianum. Unius fuit privilegium Fiſci; ne adverſus eum admitteretur compenſatio, præterquam debiti quod vel confeſſione liqueret ſtatim, vel poſſet alias liquere intra duos menſes *l. 46. §. 4. D. de jure fiſci.* Verum quod tum ſingulare Fiſci jus fuit, Imp. Juſtinianus in *l. ult. C. h. t.* & §. 30. *Inſt. de actionib.* fecit commune omnium hominum: vetans, compenſationem admitti; niſi utrumque debitum aperto jure nitatur. ſic in *d. §. 30.* loquitur. in *d. l. ult.* ait, niſi cauſa ex qua compenſatur, liquida ſit, & non multis ambagibus innodata, ſed poſſit Judici facilem exitum ſui præſtare. Inde vulgo percrebuit, tantum liquidi cum liquido,

Digitized by Google

do, non etiam liquidi cum illiquido, aut illiquidi cum illiquido, compenſationem eſſe.

Sit igitur in omnibus tam ſtricti juris, quam bonæ fidei, judiciis compenſatio inſtar ſolutionis: modo utrimque (ſic temperari ſuadet hæc imago) debeatur quantitas; functionem non in ſpecie, ſed in genere, recipiens: nam ea æque magna, & æque bona ab utraque parte, neutrius intereſt, utrum hanc, an illam, habeat. Non ita eſt in corporibus: ideoque paſſim, nec abſurde jactatur, quantitatem quidem cum quantitate compenſari; at corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, non æque. Primum, quia compenſatio habetur ſpecies ſolutionis; nec debet aliud pro alio ſolvi invito creditori *l.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* ne melius quidem pro deteriore: affectu in corpora cadente, quum non cadat in quantitates, tantum ad conſumptionem ſpectantes. Accedit altera æque juſta & probabilis ratio: quod compenſatione corporis cum quantitate vi ipſa fieret emptio & venditio: quæ libera eſſe debet, nec tamen foret libera; ſi corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, altero invito, compenſaretur. Mitto argumenta: re clara in *l.* 18. *D. de pign. act.* cujus appoſui verba. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi ſit, tuenda eſt a Prætore hæc conventio: ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adverſus me, ſi cum eo experiar, tueatur. Ergo ſi id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum penſabis: ſi vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.* Non me trahit in contrarium: quod in *d.* §. 30. *Inſt. de actionib. & l. ult. C. h. t.* compenſatio dicitur locum habere in omnibus actionibus tam in rem, quam in perſonam. Nam cum in utroque genere actionum æque veniant quantitates ac corpora: rationis eſt, compenſationem utroque in genere demum uſum habere; cum invenit caſum in quo locum habere poteſt. Ac ne cui durior videatur illa interpretatio indefiniti ſermonis ab Imperatore Juſtiniano adhibiti; non abs re erit, ei auctoritatem comparare ſequente Apuleji loco, *De philoſophia lib.* 3. jam alibi ſæpius a me aſſumpto: *Univerſales ſunt; ut omne ſpirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non ſpirant: aliæ indefinitæ; ut animal ſpirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. ſed tamen pro particulari ſemper valet: quia tutius eſt id ex incerto accipere, quod minus eſt.* Obtineat igitur compenſatio æque in actionibus in rem atque in actionibus in perſonam: non idcirco obtinet in omni caſu in quo actio in rem locum habet: ſed demum, ſi in ea præſtanda quantitas eſt.

Revertamur eo unde incœpit diſputatio. Modeſtinus *l.* 1. *h. t.* compenſationem vocat debiti & crediti inter ſe contributionem. & monui jam in anteceſſum, eam definitionem non eſſe ſic exaudiendam, quaſi indigitet, compenſationem procedere ſtatim, ac ſit debitum & creditum: ſed ſi uſuro compenſatione ſit debitum ab eo, adverſus quem ea inſtituitur. ita non eſt ſatis, ſuſtinentem uti compenſatione docere, eſſe debitum: ſed ei neceſſe eſt dicere, ſibi eſſe debitum, atque ab illo adverſus quem compenſatione ſit uſurus. Cedo teſtimonia. non longe petam. ſic Gordianus *l.* 9. *C. h. t.* *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, ſed alii, compenſatio fieri non poteſt.* Peto a Sejo quod mihi debet. is vult compenſare quod a me debetur Gajo. an eſt juſta compenſatio? negat Gordianus; quia non eſt mihi res cum Gajo, ſed cum Sejo: & ut debeam Sejo, non debeo Gajo: igitur eſt tantum compenſatio ejus quod actor debet reo; quia tum demum eſt mutuum debitum. hoc modo Papinianus *l.* 18. §. 1. *D. h. t. Creditor*, inquit, *non cogitur compenſare, quod alii, quam debitori ſuo debet:* Et eſt valde obſervandum, quod Papinianus ait, hoc eſſe verum, *quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur, ob debitum proprium velit compenſare.* Igitur cum de debito & credito diſquiritur in propoſito, ſolum intelligitur debitum ei contra quem dirigitur compenſatio, & debitum ab eo qui agit: quod ſi ab alio aut alii debeatur, non putatur debitum, compenſationi aptum & neceſſarium. Exemplum in *l.* 16. *D. h. t.* Miles debitor Titii, duos inſtituit heredes: unum bonorum caſtrenſium, alterum bonorum paganicorum. non id licet homini pagano, ſed licet militi: cui ex privilegio ſufficit ad bonorum ſuorum diviſionem nuda ejus voluntas *l.* 1. *D. de teſtam. milit.* Sed quid eſt? heres bonorum paganicorum experitur adverſus debitorem militis. hic agenti opponit compenſationem ejus quod ex inſtitutione militis debetur ab herede bonorum caſtrenſium. an recte? Non putat Papinianus. atqui agitur ab herede militis, & fuit debitum a milite, per heredem ſuum repræſentari ſolito. ita eſt: ſed in ea parte in qua heres eſt: non etiam in alia in qua non eſt heres: militis autem hereditas ejus voluntate ita diviſa eſt per Conſtitutiones, quaſi duorum ſint hereditates *l.* 17. *D. eod. tit.* una bonorum paganicorum, altera caſtrenſium. recte igitur reſponſum a Papiniano, cum militi caſtrenſium bonorum alius, cæterorum bonorum alius, heres extitit, & debitor alteri heredum obligatus, vult compenſare quod ab altero debetur, non audiendum eſſe: quia apparet, non deberi ab eo cui compenſatio opponitur.

Simile exemplum in *l.* 23. *h. t.* in qua tutori, ut poteſt, experienti adverſus pupilli debitorem, ab eo objicitur compenſatio ejus quod ipſe debet ſuo nomine. & quæritur, an recte? negat Paulus; non recepta compenſatione adverſus alium, quam qui agit. atqui tutor agit. eſto: ſed ipſe ſuo nomine non debet adverſario, nec agit ſuo, ſed pu-

pupilli nomine. ita juris interpretatione agit pupillus. tutor non agit, nec poteſt ei agenti pupilli nomine objici compenſatio ejus quod ipſe debet ſuo nomine: quia ut ſit debitum, non eſt mutuum debitum. A *l.* 23. ſeparemus tenorem *l.* 36. *D. de admin. tutor*, quæ alioquin poſſet alicui moleſta eſſe. verba Papiniani hæc ſunt: *Inter tutores diviſa tutela eſt: æquitas quæ merum jus compenſationis inducit, propter officium & perſonam agentis tutoris non differtur. nam diviſio tutelæ quæ non juris, ſed juriſdictionis eſt, modum adminiſtrationi facit, & inter ipſos locum habet, nec experiri volentibus obſtare debet.* Ecce: pupillo patris teſtamento dati ſunt tutores duo: &, ut apparet ex verbis *d. l.* inter hos diviſa tutela eſt per Prætorem. uni ceſſit adminiſtratio rerum urbanarum; alteri provincialium. prior ille pupilli nomine agit de debito urbano, ad ejus adminiſtrationem pertinente. ei objicitur compenſatio debiti provincialis. an jure? dubitatio vertitur: quod diviſa inter tutores eſt tutelæ adminiſtratio: & intereſt pupilli, non confundi rationes & officia tutorum: ut de Fiſci ſtationibus infra dicetur ex *l.* 1. *C. h. t.* quid Papinianus? ait, merum jus compenſationis inductum eſſe æquitate: & vocat merum jus quod eſt integrum, illæſum forte: qualia ſunt quæ nulla admixtione ſunt attemperata, aut corrupta: ut oſtendi *lib.* 1. *De juriſd. & imper. c.* IV. ſenſus, Jus compenſationis, ſicut æquitate inductum eſt, ita integritatem ſuam in propoſito ſervare; ideoque non mutari propter officium & perſonam tutoris, petentis urbanum debitum: ut ut ei objiciatur compenſatio debiti provincialis, ad ejus partes alioquin non pertinentis. quæſo, quam ob cauſam? accipe a Papiniano. ait: *Nam diviſio tutelæ quæ non juris, ſed juriſdictionis eſt, modum adminiſtrationis facit, & inter ipſos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obſtare debet.* Senſus Papiniani eſt: quod pupilli debitor, a tutore urbano conventus de urbano debito, cum eo volens compenſare debitum provinciale, compenſatione uti poteſt; quamvis diviſa inter tutores tutela: quia non cum tutore rem habet, ſed cum pupillo. non enim tutor, ſed pupillus ei tenetur. & quod tutor convenitur, in ſumma nihil efficit: quia perinde eſt, ac ſi pupillus ipſe conveniatur. non igitur debet volenti cum pupillo experiri compenſatione obſtare tutelæ diviſio: quia hac non debet corrumpi jus, quod ejus fuit ante diviſionem. atqui diviſio inter tutores facta eſt a Prætore. id concedit Papinianus, & proinde non timet dicere, eam eſſe juriſdictionis: ſed interim negat, eam propterea eſſe juris. eſt igitur, inquit, facti, & pertineat ad modum adminiſtrationis inter ipſos tutores, inter quos exercita ea juriſdictio eſt, at ad creditores qui ei præſentes non fuere, non pertingit: tutela ipſo jure legibus integra atque indiviſa, licet de facto diviſa ſit auctoritate Prætoris: utique Legibus Duodecim Tabularum, ſive unus detur tutor, ſive plures, una eſt tutela perſonæ pupilli, & totius patrimonii ejus ex quo ab eo debeatur, ubicumque ſit, & ſive ab hoc, ſive ab illo adminiſtretur.

Sunt hæc certiſſima; & fallunt tamen, conjunctione obligationum aliud poſtulante. Ne deſit exemplum, adferam *l.* 5. *h. t.* in qua ſi quid a fidejuſſore petat creditor, cum invicem debet reo principali vel fidejuſſori: ſinit Gajus, fidejuſſorem eligere; utrum malit compenſare, quod ipſi, an quod reo principali, debetur: idque æquiſſimum eſſe confirmat. Nimirum ex ſubtilitate juris non habet fidejuſſor compenſare, niſi quod ipſi a creditore debetur. nihilominus eſt unum debitum fidejuſſoris & rei principalis: & putat Gajus, fidejuſſori non inique permitti, compenſare non modo quod ipſi, ſed etiam quod reo principali, debetur: quaſi ratio non patiatur, eſſe fidejuſſionem; cum deficit debitum principale: ubi autem cœpit a creditore invicem deberi aut reo principali aut fidejuſſori; tollitur principale debitum tam compenſatione, quam ſolutione: & utraque peræque reo principali, & fidejuſſori, prodeſt ad liberationem. *l.* 4. *D. h. t.* accedit, quod nec intereſt creditoris, utrum a reo principali, an a fidejuſſore aut ſolutio aut compenſatio fiat.

Quod dixi de obligationum conjunctione, ſi debeatur alii, quam volenti compenſare, id dicam de conjunctione perſonarum: qualis eſt patris & filii qui eſt in ejus poteſtate. pone: aliquis contraxit cum filiofamilias. ex eo contractu filius actionem jure civili non adquirit ſibi, ſed patri in cujus poteſtate eſt. contra ipſe creditori ex eo in ſolidum jure civili tenetur: pater nullo modo tenetur, ne a filio ſine conſenſu ſuo obligetur. nihilominus viſum, patrem ex contractu filii jure Prætorio teneri, quatenus in peculio eſt: quaſi concedens filio peculium ex quo negotietur, in contractum filii, quatenus in peculio eſt, conſenſiſſe intelligatur. poteſt igitur pater agere ex contractu filii, ſocietate, verbi gratia: &, ſi agat pro ſocio: ait Paulus, in ſolidum agendo, videri ratam habere ſocietatem: eaque ratione conventum ab eo ſocium, jure compenſationis ſervare ſolidum; quamvis, ſi ageret adverſus patrem, dumtaxat actio de peculio ei præſtaretur. Sic, ſi cum patre agatur. quid, ſi agatur cum filio? ait Paulus, quæri; an quæ patri debeantur, filius compenſare poſſit? & putat, hoc magis eſſe admittendum: qua ratione? ait, quia unus contractus eſt tam patris, quam filii. recte igitur filius quod patri debetur, in compenſationem deducit: ſed cum conditione; ut caveat, patrem ſuum ratum habiturum, id eſt, non exacturum quod is compenſaverit *l.* 9. *pr.* & §. 1. *D. h. t.*

Fui prope nimius, & tu intelligis, debi-

tam

tam ab utraque parte quantitatem ab utraque parte deberi compenſatione, velut ſolutione, deſinere; cum neutrius interſit ulterius perdurare. id placet in principali debito, nec minus in acceſſionibus: certo, ſublata principali obligatione, non poſſe fieri; ut ſuperſint acceſſiones *l.* 178. *D. de reg. jur. l.* 43 *D. de ſolut.* Sic legimus, poſt compenſationem pignora repeti *l.* 12. *C. h. t.* & fidejuſſores liberari *l.* 4. *D. eod. tit.* etiam uſuras: nullo diſcrimine, utrum utrimque ſit uſurarium debitum, an tantum ab altera parte: item, utrum hinc inde pares debeantur uſuræ; an ab altera majores, ab altera minores *l.* 11. *&* 12. *D. h. t.*

Tollitur igitur compenſatione debitum utrimque, & totum: pari utrimque debito. alioquin pro ſumma concurrente. Et, ſi totum petas, plus petendo (inquit Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5.) cauſa cadis. Nimirum quia male agis: ut idem ait Paulus *l.* 4. *D. h. t.* Atqui debitum non poteſt ſolvi pro parte. Demus, ſi ſolutio fiat invito creditori. at conſentienti pro parte ſolvi poteſt. id vero in compenſatione fieri, auctor eſt Juſtinianus §. *ult. Inſt. de action.* & ante conſtituit Alexander *l.* 4. *C. h. t.* cujus mentio *l.* 11. *D. eod. tit.* Sic nulla facta ſolutione. quid, ſi facta ſit per errorem? placet hoc Ulpiani *l.* 10. §. 1. *D. h. t. Si quis compenſare potens, ſolverit, condicere poterit, quaſi indebito ſoluto.* Eſt hoc quoque notari dignum, (ex ſuperioribus enim ſequitur) quod Paulus obſervat *l.* 21. *D. h. t.* verbis ſequentibus: *Poſtea quam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipſo jure compenſari, ſi procurator abſentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compenſat, ſed ab initio minus ab eo petitur.* Senſus Pauli: Procuratorem abſentis nomine conventum, verbi gratia, condictione certi ex mutuo, ſi præſumat compenſare quod domino ab actore invicem debeatur, non teneri cavere, dominum ratam habiturum compenſationem: quia poſtea quam placuit, ipſo jure compenſari, quod invicem debetur, non procurator compenſat, ſed jus: eo quod compenſatione fit, ut ab initio minus peti debeat: & quod plus petitur, male petitur, & ipſo jure indebitum eſt.

Reliquum eſt, quando ceſſet compenſatio. & jam datum exemplum in actione depoſiti. item, ſi quid vi occupatum ſit *l. ult. C. h. t.* præterea ait Scævola *l.* 22. *D. h. t.* Si debeas decem millia aut hominem, utrum adverſarius volet: non admitti hujus debiti compenſationem; niſi adverſarius palam dixiſſet, utrum voluiſſet: quia ante factam ab eo electionem non intelligitur, quid debeatur, quid ſolvendum, adeoque compenſandum ſit.

De Fiſco nihil attinet quærere: utitur enim jure privatorum. tantum monendum eſt quod Antoninus refert *l.* 1. *C. h. t.* Senatum cenſuiſſe, & ſæpe reſcriptum eſſe, compenſationi in cauſa fiſcali ita demum locum eſſe; ſi eadem ſtatio (de Fiſci ſtationibus vide Jacobum Gotbofredum ad *l.* 19. *Cod. Theod. de ſuſceptoribus lib.* 12.) quid debeat. Sic Antoninus, & præfatur, hoc juris propter confuſionem diverſorum officiorum tenaciter ſervandum eſſe.

Quemadmodum Fiſco, ſic Reipublicæ, objicitur compenſatio. nec tamen deſunt caſus, in quibus neutri objicitur. extant hi in *l.* 3. *C. &* *l.* 17. *&* 20. *D. h. t. l.* 46. §. 5. *D. de jur. fiſci.* nec ſunt ſine difficultate: de qua conſule Viros Clariſſimos Barnabam Briſſonium, *De ſolutionib. c. De compenſatione*, Hugonem Donellum *lib.* 16. *Com. jur. c.* 15. ibique in Notis Oſualdum Hilligerum, & ab eo allegatos.

TITULUS III.

Depoſiti vel contra.

Poſt ſatis longum diverticulum redit hic Titulus eo, unde diſceſſum fuit libro XIV. nam cum quatuor ſint contractus quibus re contrahitur obligatio, mutuum, commodatum, pignus, & depoſitum: expoſitis libro XII & XIII tribus prioribus, tandem explicandum venit depoſitum. de quo in *l.* 1. §. 1. *h. t.* tale extat Edictum: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii cauſa depoſitum ſit, in ſimplum earum autem rerum quæ ſupra comprehenſa ſunt, in ipſum in duplum: in heredem ejus quod dolo malo ejus factum eſſe dicetur, qui mortuus ſit, in ſimplum: quod ipſius in duplum judicium dabo.* Sic Edictum prodit Accurſii editio, etiam Haloandri, & Vintimillii. Florentiæ eſt, [*ex*] *earum autem cauſarum.* ſed præſtat Accurſii lectio: repræſentans veterem loquendi formam, cujus ſenſus eſt: Quantum ad eas res, ſive cauſas; vel in eis cauſis, ſive in cæteris rebus: ſimilem annotavi *lib. ſing. Ad legem Aquiliam, c.* 14. ubi, ſi vacat & lubet, vide.

Interim æquitatem Edicti (ad hanc enim venio) nemo non ſummam eſſe confitebitur: intelligens, cum qui nequeat ſua per ſe ſervare, ea amico cuſtodienda tradere, meram ejus fidem ſequutum: hunc autem appellatum, cum eam fallit, inficiatus depoſitum, perdere pulcherrimum humanæ vitæ præſidium. adeo probo hoc Senecæ *lib.* 4. *De benefic. c.* 10. *Depoſitum reddere, per ſe expetenda res eſt.* Nec mihi tempero; ne putem, ad laudem ſanctæ noſtræ religionis ſpectare ſequens Plinii *lib.* 10. *Epiſt.* 97. teſtimonium de Chriſtianis ſui temporis: *Seque ſacramento non in ſcelus aliquod obſtringere: ſed ne furta,*

ne latronicium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depoſitum appellati abnegarent.

Actio depoſiti in hoc Edicto proponitur, ſi depoſitum eſſe dicatur: ſic enim ait Prætor: *Quod depoſitum ſit.* Deponere autem, auctore Nonio, inter alia ſignificat deſperare. inde depoſiti deſperati. erat enim (ut nos docet Servius ad Virgilium, *lib.* XII. *Æneid. verſ.* 395.) apud Veteres conſuetudo; ut deſperati ante januas collocarentur, vel ut extremum ſpiritum redderent terræ; vel ut poſſent a tranſeuntibus forte curari, qui aliquando ſimili laboraverant morbo. quia vero illa depoſitio fiebat ſervandi hominis cauſa: obtinuit ſermonis uſu; ut quæ alterius fidei ac tutelæ committerentur, deponi dicerentur. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* depoſitum eſſe, quod cuſtodiendum alicui datum eſt; & dictum ex eo quod ponitur. addit, præpoſitionem, *De*, augere depoſitum: ut oſtendat, totum ejus fidei commiſſum, quod ad cuſtodiam pertinet. Sic Ulpianus. eodemque modo apud Feſtum: *Dedita, valde data:* item *decultarunt, valde occultarunt.* Significat igitur Ulpianus: quod rem aliquam cuſtodiæ cauſa deponentes apud amicum, quem putamus fidelem, ejus curam omnem ita a nobis transferimus: ut totam ejus fidei & cuſtodiæ relinquamus. id quoque quia non fit ſine commendatione & reſpectu amicitiæ; inde quod deponitur, etiam commendari dicitur, & commendare pro deponere accipitur *l.* 24. *l.* 26. *h. t. l.* 186. *D. de verb. ſignif.*

Eſt igitur depoſitum, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res alicui gratis cuſtodienda datur: ea lege, ut quandocumque deponenti videatur, ei non deteriorata reſtituatur. Primum dixi, depoſitum eſſe contractum. ſit argumentum: quod eſt conventio vi ſua obligatoria ab utraque parte: ut ex Rubrica intelligitur. eſt igitur contractus *l.* 19. *D. de verb. ſignif.* Addidi, juris gentium: eo quod depoſitum retinet ſimplicitatem juris gentium, non accepta nova forma a jure civili. ita poteſt æque a peregrinis contrahi atque a civibus Romanis. ad hoc quoque nullam deſiderat ſolemnitatem jure gentium incognitam. Quod vero adjeci eſſe bonæ fidei, convenit contractui ex utroque latere obligatorio: idque palam teſtatur Ulpianus *d. l.* 1. §. 23. *h. t.* Præterea dixi: quod in depoſito res datur gratis cuſtodienda. ita ſpectat ad officium & beneficium: uſque adeo; ut ſi quid pro cuſtodia interveniat, non ſit depoſitum; ſed locatio conductio, aut contractus innominatus *l.* 1. §. 9. *D. h. t.* quamquam ſi pretium depoſitionis detur, non tamquam merces, (nam & pro mercede alibi eſt *l.* 5. §. 2. *D. Commodati*) ſed tamquam ſalarium remunerandi gratia, adhuc depoſitum eſt: locatio non eſt *l.* 2. §. 24. *D. Vi bon. rapt.* ſicut & in mandato ſequente Titulo annotabo. Porro ait definitio: quod in depoſito res datur cuſtodienda. Sic Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* rectiſſime: eſt enim unus depoſiti finis, cuſtodia: ac ſi alia fuerit tradendi cauſa, quam cuſtodiæ: non erit depoſitum; ſed alius contractus, depoſito forte non abſimilis; qui appellatur mandatum. tractantur hujuſmodi caſus *d. l.* 1. §. 11. 12. 13. & 14. *h. t.*

Poſtremo obſervandum in definitione depoſiti: quod Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* dicens, depoſitum eſſe quod eſt datum cuſtodiendum, indigitat, contractum a ponendo dictum, & ad cuſtodiam reſpicientem, non ante perfici, quam re tradita §. 3. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* cum ne cuſtodiri quidem poſſit, niſi tradita. Ita vero prudenter accipiendum eſt verbum, *datum*, quo in *d. l.* utitur Ulpianus. nam cum alias dominii tranſlationem ſignificet *l.* 75. §. *ult. D. de verb. oblig.* hic adjecto *cuſtodiæ* verbo temperatur: ut datum ſit poſitum ſive traditum cuſtodiæ gratia: ſufficiente illi nuda detentione: poſſeſſionis autem aut dominii tranſlatione minime neceſſaria. adeo Florentinus *l.* 17. §. 1. *h. t.* Rei, inquit, depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio. Sequitur in definitione, depoſitum dari ea lege: ut deponenti reddatur. nimirum, quia eſt finis cuſtodiæ, ut res depoſita ad utilitatem deponentis a depoſitario ſervetur, & repetenti ex fide bona reddatur. Quando? omni tempore. videlicet, quia deponentis intereſt, rem a ſe depoſitam ſibi reddi: depoſitarii non intereſt, eam invito deponente retinere, gratuita ejus cuſtodia, & injuſta, ſi eam nolit deponens *d. l.* 1. §. 45. Cæterum ut ſtatim ac repetitur, reſtitui debet res depoſita; ſic convenit naturæ depoſiti: ut integra, & non deteriorata reſtituatur *d. l.* 1. §. 16. nec dubito, quin huc alludat hoc Prudentii, *Cathemerin. hymn. in exeq. defunctor.*

Tu depoſitum tege corpus,
Non immemor ille requiret
Sua munera fictor & auctor,
Propriique ænigmata vultus.
Veniant modo tempora juſta,
Cum ſpem Deus impleat omnem,
Reddas patefacta neceſſe eſt,
Qualem tibi trado figuram.

Quod depoſitum dixi, alio nomine ſequeſtrum appellatur: non enim patiar, a depoſito diſtingui ſequeſtrum; & ſeparationem talem reſpuit Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* confeſſus, cum ſequeſtro eſſe depoſiti actionem. Id vero quid innuit, niſi ſequeſtrem eſſe depoſitarium? arbitremur igitur, ſequeſtrum non eſſe ſpeciem contractus a depoſito diſtinctam ac ſeparatam; ſed eſſe legem depoſiti ad actionem depoſiti pertinentem. quomodo antichreſis eſt lex pignoris cuſtodienda actione hypothecaria, aut pigneratitia: & in diem addictio eſt lex venditionis quam exequimur actione

actione ejus contractus. Hiſce exemplis facile fero, illos contractus hujuſmodi pactis transfigurari: eoque hæc pacta propria habere nomina. ſed non puto, ipſos contractus ex his pactis fieri novos aut alios ab eis qui forent, ſi pactis informati non eſſent. Neſcio, an huc eat Paulus *l.* 6. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Proprie in ſequeſtre eſt depoſitum; quod a pluribus in ſolidum certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur.* Senſus Pauli eſt, In ſequeſtre, vocabuli proprietatem quærentibus, eſſe depoſitum rei, (puta controverſæ *l.* 110. *D. de verb. ſignif.*) & hoc a pluribus fieri *l.* 17. *d. t.* idcirco quod pars non credit parti, (ut in *l.* 39. *D. de ſolut.* apud Petronium *Satyric. c.* 15. & Plautum *Rudent.* 4. 3.) ſub ea conditione, ſive eo pacto, ut pendente lite a ſequeſtro cuſtodiatur, & ea finita victori reſtituatur *l.* 33. *D. h. t.*

Non inelegans fuit ſuperior obſervatio. ſed quæ ſequitur, erit æque pulchra. vult illa: quod ſequeſtrum a litigantibus vel ultro fit, vel demum ex auctoritate Judicis. alterum voluntarium, alterum neceſſarium appellatur. prius, præter contrahentium voluntatem, nihil deſiderat, & interim in pecuniis, inque corporibus, præſertim mobilibus, indiſtincte admittitur. idem fere eſt in poſteriore. tantum intereſt: quod hoc a Judice demum cauſa cognita inducitur; & tum quoque in pecuniis æque obtinet atque in corporibus mobilibus *l.* 7. §. *ult. D. Qui ſatiſd. cog.* aut fructibus rerum petitarum. Paulum vide *lib.* 5. *Sentent. tit.* 36. tum *l.* 5. §. 1. *D. Ut legat. ſeu fideic. ſervand. cauſ. cav. l.* 21. §. 3. *D. de appellat.* etiam Symmachum *lib.* 10. *Epiſt.* 53. ita ſcribentem: *Interea Conſtitutionis memor, ſequeſtrari mobilia fructuſque præcepi, ne medii temporis uſurpatio abutatur indebitis.* Hæc ſic ſervavit jus civile uſque ad Principatum Honorii & Theodoſii. inde inductum in *l. unic. C. de probib. ſequeſtr. pecun.* eſt jus novum: quando his placuit, in ſequeſtratione neceſſaria corpora diſtinguere a pecunia ex qualicumque contractu debita: & in hac eam prohibere; in illis retinere. Ain' tu? clare Imperatores: *Quotiens*, loquiunt, *ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat.* Sola in his verbis prohibetur neceſſaria pecuniæ, & ex qualicumque contractu debitæ, ſequeſtratio. Idem agit Rubrica, ex ipſa illa lege formata, *De prohibita ſequeſtratione pecuniæ.* Non eſt hæc generalis, de prohibita ſequeſtratione: ſed, ut in lege obſervavi, loquitur de pecunia ſola: non de corporibus. Igitur ne dubitemus, quod Rubrica, quodque Lex indicat, in præſentia fieri jus novum, Veteribus incognitum. veriuſque id ideo fuerit: quod in *d. l. unic.* non proponitur Reſcriptum ad factum, Principibus alicujus Libello oblatum: ſed nova ipſorum Conſtitutio miſſa, ut Inſcriptio docet, ad Johannem Præfectum Prætorio. quod eſt diligentiſſimæ obſervationis: evidenter probantis, eam de ſola pecunia, & quidem bis, loquentem, ex Imperatorum placito oportere intra pecuniam ex qualicumque contractu poſtulatam retineri; ad corpora vero, ne mobilia quidem, extendi: quamquam ſub pecunia alioquin omnes res, etiam corpora, contineantur. Quam ob rem? ne lis, ſi de pecunia forte moveatur ex aliquo contractu, ab executione accipiat initium. Huc ſpectant ſequentia *d. l unicæ* verba: *Oportet enim debitorem primo convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari.* Item quod ulterius ſubjicitur: *Quam rem non tantum juris ratio, ſed & ipſa æquitas confirmat, ut probationes ſecum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.* Eſt igitur ſola pecuniæ ex qualicumque contractu poſtulatæ ſequeſtratio, a Judice juſſa fieri, in *d. l. unic.* ab Honorio & Theodoſio prohibita, cum ante eſſet licita. Dixi, quid mihi ſedeat; & addam, fere ſimile eſſe viſum V. Cl. Johanni Roberto *lib.* 1. *Sentent. jur. c.* 5.

Conſilium mihi fuit, hic recedere a ſequeſtratione. ſed ne faciam, poſtulat proxima inſpectio de poſſeſſione rei depoſitæ apud ſequeſtrum. nam de ea a Viris Doctis diſputatur propter *l.* 17. §. 1. *h. t.* & *l.* 39. *D. de adq. poſſeſſ.* mihi vero non ſuccurrit cauſa litis, quidquid aliis videatur. rem conſideremus. Verba *d. l.* 17. §. 1. talia ſunt: *Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet: ſed & poſſeſſio; niſi apud ſequeſtrem depoſita eſt. nam tum demum ſequeſter poſſidet: id enim agitur ea depoſitione, ut neutrius poſſeſſioni id tempus procedat.* In his verbis ſignificat Florentinus, quod ſequeſtratio eſt depoſitum rei, non cujuſque, ſed litigioſæ, a pluribus factum ſub certo pacto cuſtodiendæ ac reſtituendæ. ſed ſive controverſa res ſit depoſita, ſive alia, & ſive huic, ſive illi cuſtodienda & reſtituenda, dum ad cuſtodiam ſpectat, quid refert? eſt igitur rationis, depoſitæ rei proprietatem, etiam poſſeſſionem, apud deponentem manere: neutrius tranſlatione ad cuſtodiam hic aut illic neceſſaria. ita: ſi naturæ ſuæ relinquatur ſequeſtratio, re ſimpliciter cuſtodiæ gratia apud ſequeſtrem depoſita. ſed quid, ſi viſum ſit contrahentibus, ipſam poſſeſſionem apud ſequeſtrem deponere? ait Florentinus, eſſe ea conventione actum, ut ſequeſter poſſideat: nec eſſe tum quod vetet, quo minus poſſideat ſequeſter: non quia huc it natura ſequeſtrationis, ſed quia ſic placuit contrahentibus: forte nolentibus, ut neutrius poſſeſſio interim ad uſucapionem alteri procedat. Sic mihi videtur: & tantum abeſſe, ut Florentino reſiſtat Julianus in *d. l.* 39. *D. de adq. poſſeſſ.* ut e contrario eum juvet omni modo: ſic ſcribens. *Intereſſe puto, qua mente apud ſequeſtrum deponatur res.* Optima hæc Juliani obſervatio, ubi quæritur, an ſequeſter poſſideat, non eſſe juris, ſed facti quæſtionem. proinde u-

num inſpici oportere, quid ſit actum inter contrahentes: & ſic egregie ſubjicit: *Nam ſi omittendæ poſſeſſionis cauſa, & hoc aperte fuerit approbatum: ad uſucapionem poſſeſſio ejus partibus non procederet. at ſi cuſtodiæ cauſa deponatur, ad uſucapionem eam poſſeſſionem victori procedere conſtat.* Id vero ao aliud eſt, quam quod a Florentino dictum, In ſequeſtro poſſeſſionem manere apud deponentem: niſi ipſa apud ſequeſtrem eſt depoſita: idque maniſeſte probetur.

Sed revertor ad Edictum. in quo porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium vocatur depoſiti; & eſt duplex, vel directum, quod in ſpecie depoſiti eſt, vel contrarium. indicio Rubrica, *Depoſiti vel contra.* Eſſe vero hanc actionem bonæ fidei, & ipſe modo demonſtravi, & dubitari vetat Ulpianus *l.* 1. §. 23. *h. t.* Actio depoſiti directa competit deponenti: poſtulante bona fide hujus contractus, depoſitum reddi ei qui depoſuit. Ita Tryphoninus *l.* 31. *h. t.* dicens, hanc bonam fidem exigere ſummam æquitatem. ſolum quærit, quomodo eam æſtimemus? utrum ad merum jus gentium, ao vero cum præceptis civilibus & prætoriis. veluti (hoc proponit exemplum) reus capitalis judicii depoſuit apud te centum. is deportatus eſt: bona ejus publicata ſunt. utrumne ipſi hæc reddenda, an in publicum deferenda ſunt? Ait Tryphoninus, ſi tantum naturale jus & gentium intuemur; ei qui dedit, reſtituenda ſunt: ſi civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt. & cauſatur, male meritum publice, nt exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debere. Tenes unam inſpectionem. Incurrit in §. 1. & alia. ea inſpectio eſt; an booam fidem inter eos tantum, inter quos contractum eſt, nullo extrinſecus aſſumpto, æſtimare debeamus; an reſpectu etiam aliarum perſonarum, ad quas id quod geritur pertinet. exempli loco: latro ſpolia mihi abſtulit. Spolii appellatione Tryphoninus deſignat veſtem quam mihi detraxit latro. ut apud Ulpianum *l.* 6. *D. de bon. damn.* & in hoc Tertulliani, *De reſurrect. carn. c.* 7. *Ita quod hodie ſpolium efficitur, ſi detrahatur, hoc fuit indumentum cum ſuperſtruebatur.* Latro igitur abſtulit mihi ſpolia: & ea poſuit apud Sejum inſcium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi reſtituere Sejus debeat? Tryphoninus ſic ait; Si per ſe dantem accipientemque intuemur, hæc eſt bona fides, ut commiſſam rem recipiat is qui dedit: ſi totius rei æquitatem quæ ex omnibus perſonis quæ negotio iſto continguntur, impletur, mihi reddenda ſunt, quo (lege, *quoi, ſive cui*) facto ſceleſtiſſimo adempta ſunt. Tum ſic pergit: Et probo, hanc eſſe juſtitiam quæ ſuum cuique ita tribuit, ut noo diſtrahatur ab ullius perſonæ juſtiore repetitione. Quod ſi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei reſtituenda ſunt qui depoſuit, quamvis male quæſita depoſuit. quod & Marcellus in prædone & ſure ſcribit. eumque probat etiam Ulpianus *l.* 1. §. 39. *h. t.* Ne hoc quidem ſileri vult Tryphoninus, aliquando bonæ fidei convenire: ut liceat depoſitario, rem depoſitam retinere, repetente eam qui depoſuit. & ponit exemplum: Si ignorans latro, cujus filio vel ſervo rem abſtuliſſet, apud ejus patrem dominumve depoſuit ignorantem: & addit, quod nec ex jure gentium conſiſtet depoſitum; cujus hæc eſt poteſtas, ut alii, non domino ſua ipſius res quaſi aliena ſervanda detur. Et ſi rem meam fur, quam me ignorante ſubripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem depoſuerit: recte dicetur non contrahi depoſitum; quia non eſt ex fide bona, dominum rem ſuam prædoni reſtituere compelli. ſed & ſi etiam nunc ab ignorante domioo tradita ſit quaſi ex cauſa depoſiti, tamen indebiti dati condictio competet.

Datur igitur directa depoſiti actio deponenti. quid, ſi ſervus ſit? ait Ulpianus, jam domioum eam habiturum *l.* 1. §. 17. *h. t.* ſive vivat ſervus, ſive deceſſerit *d. l.* §. 30. non obſcura ratione: nam ſervus nihil habet proprium: imo quod adquirit, domino adquirit: uſque adeo, ut ne momento quidem ſubſiſtat in perſona ſervi. hac ratione actio depoſiti ex ſervi depoſito non ſervi, ſed domini eſt; eaque domious experietur: non modo vivo ſervo, ſed etiam mortuo: quia ea actio numquam ſervi fuit; ſemper domini fuit. adeo nec manumiſſus ea aget: ut numquam ejus fuit. *d. l.* 1. §. 30. Idemque eſt, alienato ſervo: quia domino adquiſita ab initio actio ab eo propter manumiſſionem aut alienationem ſervi non recedit. Ita verum eſt, initium ſpectandum eſſe *d. l.* 1. §. 30. *l.* 78. *D. de verb. oblig.* Ex vivi ſervo, quid de hereditario dicendum ſit, facile conjicitur: quando vel hic, re depoſita, actionem adquirit hereditati jacenti tamquam dominæ, & per eam futuro heredi *l.* 9. *C. h. t. l.* 16. *D. de oblig. & act.* Proxima deliberatio eſt, quid juris ſit, ſi is qui mihi bona fide ſervit, rem depoſuerit. ait vero Ulpianus *d. l.* 1. §. 27. actionem mihi dari: depoſita ab eo re ad me pertinente. Simili modo & ſi uſumfructum ſervi habeo, & quod is depoſuit, fuit ex eo peculio quod ad me pertinebat, vel res mea fuit, eadem actione agere potero *d. l.* 1. §. 28. Sed apparet, actionem depoſiti dari deponenti: nec dubium eſt, quin etiam heredi detur. De tertio quæſitum fuit in *l. pen. C. Ad exhibendum.* Fac: aliquis res Photini deponens, convenit: ut eæ Photino redderentur. Impp. Diocletianus & Maximianus ita reſcripſere: *Si res tuas commodavit aut depoſuit is cujus in precibus meminiſti, adverſus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod ſi pactus ſit, ut tibi reſtituantur: ſi quidem ei qui depoſuit, ſucceſſiſti jure hereditario, depoſiti actione*

tione uti non probiberis: ſi vero nec civili, nec honorario jure ad te bereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex ejus pacto, contra quem ſupplicas, actionem ſtricto jure babere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depoſiti actio. Hoc illi: & plura ejuſdem æquitatis Principum Conſtitutionibus inducta adverſus juris regulam annotavi ego *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. cap. 25. pag. 555.*

Ab alia cauſa pendet intellectus Pauli *l. 26. D. h. t.* Verba Pauli: *Publia Mævia, cum proficiſceretur ad maritum ſuum, arcam clauſam cum veſte & inſtrumentis commendavit Gajæ Sejæ, & dixit ei:* cum ſalva ſanave venero, reſtitues mihi: certe ſi aliquid mihi humanum contigerit, filio meo quem ex alio marito ſuſcepi. *Defuncta ea inteſtata, deſidero, res commendatæ cui reſtitui debeant: filio, an marito. Paulus reſpondit, filio.* Publia Mævia ad maritum profectura, arcam clauſam cum veſte & inſtrumentis Gajo Sejo commendavit: eique dixit; id eſt, & pacta eſt: ut, ſi ſalva ſanave redierit, ipſi redderetur: ſin ei aliquid humanum contigerit; (id eſt, ſi obierit: hoc enim valet ea locutio, avertura malum omen apud homines ſuperſtitioſos) filio, quem ex priore marito ſuſcepit, redderetur. Defuncta Publia Mævia inteſtata, quæſitum fuit: utri reſtitui debeat arca, filio, an marito? Paulo placuit, eam filio reſtitui. quo jure? forte dices depoſiti. ſed non ita eſt: nam mater non poteſt filio ſuo pacto depoſiti actionem adquirere. quo igitur jure? fideicommiſſi ex Conſtitutione D. Pii: qua placuit; ut ſi depoſita apud aliquem ſit pecunia, ejuſque fidei commiſſum, ut eam præſtet, fideicommiſſum deberi; quaſi rogatus ſit heres, id debitum debitori remittere. eſtque ejus rei effectus: ut depoſitarius, etſi reſtituit debitum, heredi maneat obligatus, ab eoque poſſit actione depoſiti conveniri: ſed conventus poſſit ſe tueri exceptione doli. quod cum ita ſe habet: ait Ulpianus, ab omni debitore poſſe fideicommiſſum relinqui *l. 77. D. de legat. lib.* 1. idemque confirmat Scævola *l. 37. §. 3. D. de legat. lib.* 3. Hæc ego ſic breviter: latius A. Faber *lib. 19. Conject. c.* 18.

Sequitur, adverſus quem detur depoſiti actio. eſt vero conſequens tam Edicto, quam naturæ depoſiti, eam dari adverſus depoſitarium, cum quo contractum eſt; excepto, ſi rem ſuam apud ſe deponi paſſus ſit. tum enim non tenetur depoſiti: ſicut qui rem ſuam conducit, aut precario rogat, nec de precario, nec ex locato tenetur *l. 15. D. h. t.* Non adderem, hanc actionem in ſolidum dari adverſus heredem, quippe cum is defunctum repræſentet: niſi Veteribus viſa eſſet hæc quæſtio non indigna tractari: hac contemplatione, quod actiones ex delicto non ſolent dari adverſus heredes; niſi quatenus pervenit. porro actio depoſiti venit ex delicto; quia venit ex dolo. non igitur debet adverſus heredem dari, niſi quatenus pervenit. Sed Ulpianus *l. 7. §. 1. h. t.* ſic ſcribit: *Datur actio depoſiti in beredem ex dolo defuncti in ſolidum. quamquam enim alias ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu, reique perſecutione deſcendit, ideoque in ſolidum unus heres tenetur; plures vero pro eo parte qua quiſque heres eſt.* Ulpiani ſenſus, actionem depoſiti agendi cauſam quidem accipere ex dolo, id eſt, ex delicto, ſed originem trahere ex depoſito; id eſt, ex contractu: ideoque in hac aliud ſervari, quam in actionibus ex delicto directo natis: nam has palam intendere ad pœnam quam non meretur heres a delicto vacuus: ſed actionem depoſiti directo venire ex contractu, eoque reſpicere ad id quod intereſt deponentis: id eſt, non ad depoſitarii pœnam, ſed ad perſecutionem ejus quod deponenti abeſt, ob depoſitarii dolum malum. ea igitur ratione dari adverſus heredem, non quatenus pervenit, ſed, ut fit in cæteris contractibus, in ſolidum, ſi unus heres ſit: alioquin pro ea parte, pro qua heres eſt. ſic Ulpianus: & fere Pomponius *l.* 12. & Paulus *l. 49. D. de oblig. & act.*

Dixi de depoſitario & ejus herede. videamus de tertio. pone: is apud quem rem depoſueris, eam depoſuit apud alium. an tibi adverſus hunc eſt depoſiti actio? non eſt: nempe, quia cum illo non contraxiſti. quamquam, ſi extent nummi, potes tamquam dominus uti vindicatione *l. 8. C. h. t.* præterea placet Africano, ſi ille apud quem poſtea ſit depoſitum, dolo quid admiſit, ob illius dolum, eum apud quem tu depoſueris, eatenus habere depoſiti actionem; & hunc tibi teneri, ut eam præſtet, id eſt, cedat tibi *l. 16. D. h. t.* idemque vel ſimile etiam alias obſervatur *l. 1. §. 11. d. t.*

Hæc: ſi quid depoſitum ſit apud patremfamilias. Cæterum ſi depoſitum ſit apud filiumfamilias; Ulpianus *d. l. 1. §.* 42. ſic infit: *Filiumfamilias teneri depoſiti conſtat: quia & cæteris actionibus tenetur. ſed & cum patre ejus agi poteſt dumtaxat de peculio. idem & in ſervo: nam cum domino agitur.* quod & traditum *l. 5. D. de peculio.* Quid, ſi res depoſita ſit apud filiumfamilias, & emancipatus eam teneat? jam non debet pater de peculio teneri; ne intra annum quidem: ſed ipſe filius *l. 21. D. h. t.* Trebatius hoc plus exiſtimat, etiam ſi apud ſervum depoſitum ſit, & manumiſſus rem teneat, in ipſum dandam actionem, non in dominum: licet ex cæteris cauſis in manumiſſum non detur actio *d. l. 21. §.* 1.

Hæc: ſi quid depoſitum ſit apud unum: eſt & aliqua deliberatio, ſi depoſitum ſit apud plures. occurrit ea in *l. 1. §. 43. h. t.* Verba: Si apud duos ſit depoſita res, adverſus unumquemque eorum agi poterit: nec

libe-

liberabitur alter, ſi cum altero agatur: non enim electione, ſed ſolutione liberantur. proinde ſi ambo dolo fecerint, & alter quod intereſt præſtiterit, alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. quod ſi alter vel nihil, vel minus facere poſſit: ad alium pervenietur. idemque & ſi alter dolo non fecerit, & idcirco ſit abſolutus: nam ad alium pervenietur. Quid, ſi duo depoſuerint, & ambo agant? in *d. l.* 1. §. 44. ſic extat: Si duo depoſuerint, & ambo agant: ſi quidem ſic depoſuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in ſolidum agere: ſin vero pro parte pro qua eorum intereſt, tunc dicendum eſt, in partem condemnationem faciendam.

Tempeſtivum eſt, tractare, ad quid competat depoſiti actio. Ait Prætor *l.* 1. §. 1. *h. t.* *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii cauſa depoſitum ſit, in ſimplum: earum autem rerum quæ ſupra comprehenſa ſunt, in ipſum in duplum: in heredem ejus quod dolo malo ejus factum eſſe dicetur, qui mortuus ſit, in ſimplum: quod ipſius, in duplum judicium dabo.* His verbis Prætor temperat ſeveritatem Legis Duodecim Tabularum, actionem ex omni depoſito adverſus inficiantem in duplum ſine diſcrimine concedentis. Auctor Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. his verbis: *Ex cauſa depoſiti Lege Duodecim Tabularum in duplum actio datur, Edicto Prætoris in ſimplum.* Ulpianus vero *d. l.* 1. §. 2. *Merito*, inquit, *has cauſas ſeparavit Prætor: quæ continent fortuitam cauſam depoſitionis ex neceſſitate deſcendentem, non ex voluntate proficiſcentem.* Ulpianus ſignificat, Prætorem vulgare depoſitum juſtiſſime diſtinguere a miſerabili: nam in illo rem, locum, tempus, pati deliberationem de fide depoſitarii: in hoc neceſſitatem non pati moram. priore igitur caſu turpem quidem eſſe inficiationem, ſi non reddatur depoſitum; ſed deponentem habere quod ſibi imputet. in poſteriore non habere. quid ergo eſt? Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. ſic cenſet: *Cum quis fidem elegit, nec depoſitum redditur, contentus eſſe debet ſimplo. cum vero extante neceſſitate deponit; creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda eſt, vindicandæ reipublicæ cauſa. eſt enim inutile in cauſis hujuſmodi fidem frangere.* Sic Florentiæ legitur: ſed mendoſe. quid enim denunciat verſus? *creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda eſt vindicandæ reipublicæ cauſa.* Si ſapimus, coërcendum eſt quod nocet: fovendum quod eſt utile. Melius, & ad rem propius vulgata Accurſii editio: *creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitate coërcendum eſt vindicandæ reipublicæ cauſa.* In hac ſcriptura ſenſus aliquis qui in Florentina nullus. Neutra tamen omni vitio caret: quando in utraque bis idem dicitur: nec aliud ſonat, *coërcenda publica utilitas*, quam *vindicanda res publica.* Diſplicuit hæc Tautologia, opinor, Haloandro & Vintimillio, qui ſic edunt: *Creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcendo vindicanda eſt.* Forte melius conjiciam: *creſcit perfidiæ crimen, & publica utilitate coërcendum eſt*: vel, *creſcit perfidiæ crimen, & eſt vindicanda reipublicæ cauſa.* alterutrum enim ſufficit. Si tamen licebit mihi, meo uti judicio, nihil mutem: non quod probem Tautologiam, numquam laudandam: ſed quia eam ſermonis negligentiam ne Veteribus quidem fuiſſe aut incogitantia, aut feſtinatione inſolitam, eſt ſæpius a me & aliis animadverſum. notavit talem Salmaſius Notis ad hoc Capitolini, *Vita Veri c.* 5. *Donatos etiam calices ſingulis per ſingulas potiones, myrrhinos & cryſtallinos, Alexandrinos, quoties bibitum eſt.* Ego ne noſtros quidem hoc vitio abſolvi ſupra ad Titulum, *De in integrum reſtitutionibus* in *l.* 3. *ibidem* quæ eſt Modeſtini. Verba: *Omnes in integrum reſtitutiones cauſa cognita a Prætore promittuntur: ſcilicet ut juſtitiam earum cauſarum examinet, an veræ ſint, quarum nomine ſingulis ſubvenit.* Mitto alios: in ipſo Ulpiano loca duo conſimilia deprehendi *lib.* 3. *Probabil. c.* 10. unum eſt in *l.* 1. §. 7. *D. de Ædil. Edict.* alterum in *l.* 5. §. 1. *D. de jur. deliber.* & miramur, hic obſervari tertium?

Sed venio ad Edictum. ejus prima providentia verſatur circa vulgare depoſitum. ex quo vult agi in ſimplum: id eſt, ut depoſitum ex fide bona in ſpecie reſtituatur, ſi corpus ſit. imo etiam ſi quantitas ſit, pecunia, verbi gratia, maxime obſignata: ſiquidem tum actum videtur; ut corpora nummorum eadem quæ depoſita fuere, reddantur. quod ſi pecunia non obſignata depoſita, convenit, tantumdem reſtitui: dicitur res egredi notiſſimos depoſiti terminos. ſed placuit Papiniano, eſſe depoſitum; ſi in contrahendo id voluere contrahentes. ſic ille in *l.* 24. & 25. *h. t.* quas, ut merentur, curatius expoſui *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 19. *p.* 539.

Igitur in hanc actionem venit res depoſita: ideoque bene deſignanda. formam Ulpianus *l.* 1. §. 40. hanc dat: *Si quis argentum vel aurum depoſitum petat, utrum ſpeciem, an & pondus complecti debeat? & magis eſt, ut utrumque compelectatur: ſcyphum forte vel lancem, vel pateram dicendo, & materiam & pondus addendo. ſed & ſi purpura ſit infecta vel lana, pondus ſimiliter adjiciendum: ſalvo eo*, (quod eſt in primis notandum) *ut ſi de quantitate ponderis incertum eſt, juranti ſuccurratur.* Inde quæſitum fuit apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 41. *Si ciſta ſignata depoſita ſit, utrum ciſta tantum petatur, an & ſpecies comprehendendæ ſint? & ait Trebatius, ciſtam repetendam, non ſingularum rerum depoſiti agendum. quod ſi res oſtenſæ ſunt, & ſic depoſitæ, adjiciendæ ſunt & ſpecies veſtis. Labeo autem ait, eum qui ciſtam deponit, ſingulas quoque res videri deponere. ergo & de rebus agere eum oportet. quid ergo ſi ignoraverit is qui depoſitum ſuſcipiebat, res ibi eſſe? non multum facere, cum ſuſcepit depoſitum.* Ego & rerum

depo-

depoſiti agi poſſe exiſtimo, quamvis ſignata ciſta depoſita ſit. Superiori quæſtioni non abſimilis eſt ſequens: an in hanc actionem præter rem depoſitam etiam veniat acceſſoria, veſtis, verbi gratia, homine depoſito, aut capiſtrum depoſito equo. Ulpianus *l.* 1. §. 5. *h. t.* ſic ſcribit: *Quæ depoſitis rebus accedunt, non ſunt depoſita, ut puta, ſi homo veſtitus deponatur. veſtis enim non eſt depoſita: nec ſi equus cum capiſtro. nam ſolus equus depoſitus eſt.* Locus obſcurus: ſed, puto, ſignificat, quæ rebus depoſitis accedunt, ea non intelligi depoſita, ſi non ſint nominatim depoſita; ideoque principaliter non peti actione depoſiti: ſic verbi gratia, depoſito homine veſtito, hominem eſſe depoſitum; veſtem non eſſe. ſcilicet, quia alius eſt homo, alia veſtis: & quamquam veſtis accedat homini depoſito; tamen ſi in hominis depoſitione commendata eſt hominis cuſtodia, non etiam veſtis cuſtodia, tantum homo depoſitus, non etiam veſtis depoſita, intelligitur. Similiter depoſito equo cui adhærebat capiſtrum; ait Ulpianus, equum eſſe depoſitum, capiſtrum non eſſe. igitur ſolum hominem in actionem depoſiti venire, eaque principaliter peti; veſtem non venire, neque ea peti ſeparatim: itemque ſolum equum in eam actionem venire; capiſtrum non venire; neque principaliter peti: quia neque de veſtis, neque de capiſtri, cuſtodia in depoſito nominatim actum eſt. Si tamen homo aut equus petatur actione depoſiti: noli putare, illa ratione effici; ne depoſitarius officio Judicis teneatur hominem cum veſte, aut equum cum capiſtro, reſtituere. nam cum actio depoſiti ſit bonæ fidei; an quis poteſt ſibi perſuadere, in ea ſufficere, rem depoſitam qualiter qualiter reſtitui? non dices: ſed oportere eam reſtitui ex fide bona. ac, ſi non ſic reſtituatur, ne reſtitui quidem intelligi. convenit autem bonæ fidei, rem ita reſtitui, ut fuit depoſita: id eſt, hominem cum veſte, equum cum capiſtro: quod & in commodato placuit *l.* 5. §. 9. *D. Commod.*

Venit igitur in actionem depoſiti res depoſita ex fide bona reſtituenda. nec eſt dubium, quin depoſitarius rem, qualiter depoſita fuit, reſtituens, ab hac actione liberetur. quid, ſi deteriorem reddat? Ulpianus *l.* 1. §. 16. *h. t. Si*, inquit, *res depoſita deterior reddatur, quaſi non reddita, agi depoſiti poteſt, cum enim deterior redditur, poteſt dici, dolo malo redditam non eſſe.* Sic conſtanter ſcribitur. nec corrigo ſcripturam quam puto Ulpiani eſſe, quamquam obſcuram atque involutam. interim nec diſſimulo, potuiſſe melius & ad rem accommodatius ab illo ſic ſcribi: *cum enim redditur deterior dolo malo, poteſt dici, redditam non eſſe.* Senſus: cum enim dolo malo redditur deterior; poteſt non reddita videri, quæ non eſt reddita ex fide bona. Utcumque erit; tenebitur utroque caſu depoſitarius deponenti ad id quod ejus intereſt, rem depoſitam ſibi reſtitutam eſſe, & non deterioratam depoſitarii dolo malo.

Pene exciderat mihi, quod ſupra monui, rem depoſitam debere reſtitui ſtatim: ſi quidem de tempore reſtitutionis nihil pactum conventum ſit. imo etſi depoſuero apud te, ea lege, ut poſt mortem tuam reddas: vel ſic potero & tecum & cum herede tuo agere depoſiti: non patiente fide bona; ut rem meam, me invito, retineas; cum tua non verſatur utilitas. Atqui hæc fuit lex depoſiti. Eſto: ſed eſt contra naturam contractus. igitur non ſervatur: &, ut optime ait Ulpianus, poſſum mutare voluntatem, & ante mortem tuam depoſitum repetere *l.* 1. §. 45. *h. t.* Proinde & ſi ſic depoſuero, ut poſt mortem meam reddatur: potero, inquit Ulpianus, & ego & heres meus agere depoſiti. ego mutata voluntate *d. l.* 1. §. 46. Inde ulterius quæſitum eſt, ſi heres rem apud teſtatorem depoſitam diſtraxit, ignarus depoſitam eſſe, an teneatur depoſiti. ſed quid dolo fecit, ignarus depoſitam eſſe? nihil. Verius eſt igitur, de re non teneri. an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit, videamus. ſed magis eſt, hactenus teneri eum. hoc enim ipſo dolo facit: quod id quod ad ſe pervenit, non reddit *d. l.* 1. §. 47.

Mentio doli mali quam aliquoties feci, non ſinit; ne hic admoneam, eum, ſed ſolum, ſemper venire in actionem depoſiti. & eſt ratio: quod in depoſito vertitur unius deponentis utilitas, nulla depoſitarii. tantum hujus eſt onus cuſtodiæ, ex officio præſtandæ *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Non mutat; ſi convenerit, non eſſe præſtandum dolum. nam talis conventio putatur eſſe contra bonam fidem, contraque bonos mores, & ideo nec ſequendam *l.* 1. §. 7. *h. t.* quid, ſi ſic convenerit, Ne depoſiti agatur? vi ipſa convenit, Ne de dolo agatur. tamen proderit tale pactum *l.* 27. §. 3. *D. de pact.* ſed ſobrie ac modeſte explicandum: ut demonſtravi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c.* 19. Nec hoc reprehendat quiſquam, ſi convenerit; ut in depoſito & culpa præſtetur: nam contractus ex conventione legem accipiunt *d. l.* 1. §. 6. *h. t.* nec eſt tale pactum contra juris formam *l.* 7. §. 15. *D. de pact.* patientis, depoſitarium, ſi velit, eſſe a culpa liberum: ſed, ſi nolit, non cogentis. Ab ea igitur cauſa ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 35. ſæpe evenire, ut res depoſita vel nummi ſint periculo ejus apud quem deponuntur: & eſſe talem caſum, ſi hoc nominatim convenit. Addit etiam alium, ſi quis ſe depoſito obtulit: nam vel illum ſe periculo depoſiti illigaſſe. quatenus? ut non ſolum dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam præſtet, non tamen caſus fortuitos. Sed pleraque ex his ſpeciali conventioni deberi, apparet.

Cæterum venit in hanc actionem regulariter dolus dumtaxat *l.* 1. §. *ult. h. t.* ſive præteritus, ſive futurus poſt litem conteſtatam *d. l.*

 1. §. 20.

1. §. 20. exemplum §. 21. De culpa videamus. hæc non venit, niſi lata. quo ſenſu? Celſus *l. 32. D. h. t.* ſic ſcribit. *Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat, mihi veriſſimum videtur. nam & ſi quis non ad eum modum quem hominum natura deſiderat, diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret. nec enim ſalva fide, minorem iis, quam ſuis rebus diligentiam præſtabit.* Locus hic, ut eſt impeditus, ita aliqua cum cura attingi dignus. Celſus duas proponit ſententias: unam Nervæ, alteram Proculi. prior culpam latam dolum eſſe confirmat; altera negat. deinde priorem veriſſimam eſſe, Celſus ait. nec idcirco poſteriorem damnat: uſitata Veteribus diſputandi ratione: quam obſervavi *lib. ſing. De forma emend. dol. mal. c. 2.* Ex hoc igitur more ſit ſecundum Celſum vera utriuſque & Nervæ & Proculi ſententia. ſed primum attingam Proculum: arbitratus, cum vero admoveri: culpa lata intra verborum proprietatem ſubſiſtente. itane? ne dubita, ſic a dolo diſtingui. nam dolus eſt, calliditas, fallacia, machinatio, a voluntate & conſilio nocendi profecta. eoque ſceleris propoſitum habens. culpa lata e diverſo eſt nimia negligentia, id eſt, neſcire quod omnes homines ſciunt. ita vero non ad aſtutiam ac calliditatem, ſed ad ignorantiam & væcordiam, accedit: & eſt errore noxia, non propoſito ſceleris. quin poteſt eſſe viri boni & probi, etſi ſtulti ac ſimplicis: cum dolus ſemper ſit hominis improbi ac flagitioſi; licet callidi atque aſtuti. Habes Proculi ſententiam: ac ſecundum hanc, meo judicio, de depoſitario in hunc modum ſcribit Juſtinianus: *Is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit. culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ non tenetur. itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit: quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati id imputare debet* §. 3. *Inſt. Quib. mod. re contr. oblig.* Satis de Proculo. venio ad Nervam. is non minus vere dixit, culpam latam eſſe dolum: æſtimata videlicet culpa lata non vi & poteſtate naturali; ſed juris præſumptione. vix enim poteſt lata culpa, id eſt, ſupina & craſſa ignorantia, qualis eſt, neſcire quod omnes homines ſciunt, videri ſincera? magis debet credi quæſita & affectata diſſimulandi ſceleris & doli gratia: natura paſſim homines non faciente ſtultos: ſed quales eos eſſe oportet. Hoc igitur ſenſu Celſus veriſſimam eſſe prædicat Nervæ ſententiam: quæ alioquin Proculo ad veritatem exacta, non male diſplicebat. Sed vere Celſus, animadverſo, homines a natura non naſci ſtultos, ſed rebus aptos, alios plus, alios minus: exiſtimavit, culpam latam depoſitarii, futuram deponenti noxiam, in actione depoſiti non pro errore, ſed pro dolo, habendam eſſe: donec Judici liqueat, eſſe peccatum ſimplicitate vera & naturali. tum enim præſumptionem veritati manifeſtæ & claræ cedere oportere. id contingere ait Celſus, ſi depoſitarius dicatur pari ſimplicitate ſtultitiaque in re ſua, inque re depoſita, eſſe verſatus. quod ſi ponatur quidem non ad eum modum quem hominum natura deſiderat, diligens; ſed interim in re depoſita minorem præſtare curam, quam in re propria: non ſine ratione putat Celſus, jam fraudi prætextam videri culpam latam, & detracta illa larva, meram fraudem futuram: cum præſertim ſcire & potuerit & debuerit, ſalva fide non oportere eum minorem rebus depoſitis, quam ſuis, diligentiam præſtare.

Ut concludamus hanc partem: dicamus, in hanc actionem ſolum venire dolum, atque æſtimandum non a Judice ex rei veritate; ſed ab actore ejus jurejurando in litem *l.* 1. §. 26. *D. h. t.* in infinitum: ſic enim convenire actioni bonæ fidei, dixi ſupra *lib. 12. tit. 3. De in litem jurando.*

Ab eadem cauſa ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 24. & fructus venire in hanc actionem, & omnem cauſam, & partum, ne nuda res veniat. De uſuris videamus. pone: pecunia depoſita fuit, non ut in ſpecie eadem, ſed ut tantumdem, reddatur, & ſic aut pacto promiſſæ ſunt, aut admiſſa mora eſt. is caſus proponitur & definitur a Papiniano *l. 24. & l. 25.* §. 1. *D. h. t.* ſed jam ad has ſcripſi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c. 19.*

Explicito, quid Prætor velit obſervari in vulgari depoſito: (id eſt, ut Edictum ſonat, *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii, cauſa depoſitum ſit*) reſtat depoſitum miſerabile: ad quod ſequentia ſpectant verba: *Earum autem rerum quæ ſupra comprehenſæ ſunt, in ipſum in duplum judicium dabo.* Ita ſupra reſtitui: & horum verborum, *Earum autem rerum*, hunc eſſe dixi ſenſum, Quod attinet ad eas res; vel in iis rebus. ſic vero apparet, Prætorem, adverſus depoſitarium, ſi inficietur depoſitum tumultus, incendii, ruinæ, aut naufragii cauſa, actionem dare in duplum: optima ratione, quam in anteceſſum dedi ex *l. 1. §. 2. & 4. h. t.* Nec omittendum, quod porro ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. eum deponere tumultus, incendii, vel cæterarum cauſarum gratia intelligendum eſſe qui nullam aliam cauſam deponendi habet, quam imminens ex cauſis ſupra ſcriptis periculum. Tumultus autem quis dicatur apud Veteres, more ſuo, erudite exponit Budæus *Annot. in Pandect. p.* 258.

Deinde ait Prætor, *In heredem ejus quod dolo malo ejus factum eſſe dicetur, qui mortuus ſit, in ſimplum: quod ipſius in duplum judicium dabo.* Prætor actionem depoſiti miſerabilis adverſus heredem depoſitarii propter defuncti dolum, etſi ad eum nihil pervenerit, promittit in ſimplum pro hereditaria portione, & intra annum, ut videtur, quia originem trahit non ex delicto, ſed ex contractu. quod

ſi

ſi ipſe dolum admiſerit, & in ſolidum, & in duplum, & in perpetuum.

Tantum de directa depoſiti actione, deponenti adverſus depoſitarium dari ſolita. Reliqua eſt contraria, quæ contra, id eſt, viciſſim depoſitario adverſus deponentem datur interpretatione bonæ fidei; non ſinentis, depoſitarium a Prætore negligi; cum providet deponenti. Meminit Ulpianus *l. 5. D. h. t.* *Ei*, inquiens, *apud quem depoſitum eſſe dicetur, contrarium judicium depoſiti datur.* & optime addit: *In quo judicio merito in litem non juratur: non enim de fide rupta agitur, ſed de indemnitate ejus qui depoſitum ſuſcepit.* Res certa. tantum ſine addi, illam indemnitatem tam per exceptionem peti, ſi actione directa agatur, quam ultro per actionem contrariam, ſi non agatur directa ceu principali: uti quoque obſervatur *l. 17. §. 1. & l. 18. §. 4. D. Commodat.* Exemplum petitæ indemnitatis jure exceptionis apud Modeſtinum *l. 23. D. h. t.* eſt tale: *Actione depoſiti conventus, ſervo conſtituto cibariorum nomine, apud eumdem judicem experitur.* Modeſtinus oſtendit, depoſitarium a deponente directa depoſiti actione conventum ad reſtitutionem depoſiti, poſſe impenſas cibariorum utiliter, ſive jure & cum effectu apud eumdem Judicem, ſive in eodem judicio, repetere. At hoc commodatario, cum convenitur actione directa commodati, non licere actione contraria. Hanc differentiam lib. 2. Differentiarum ex quo eſt *d. l. 23.* notatam a Modeſtino fuiſſe, intelligitur ex *Collatione Leg. Moſaic. & Rom. tit.* 10. ubi ſic extat locus integer: *Actione depoſiti conventus civariorum nomine apud eumdem Judicem utiliter experitur. at is cui res commodata* (ſic pro *commendata* emendat Pythæus) *eſt, improbe civariarum exactionem intendit.* Deſunt hic verba, *ſervo conſtituto:* quæ in *d. l. 23.* ſunt adjecta nullo plane ſenſu: quidquid pro his adſeratur a Pythœo in Notis, & a Pancirollo *lib. 2. Theſaur. Var. lect. c. 39.*

LIBER DECIMUSSEPTIMUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.

Ab obligationibus quæ re contrahuntur, fit hic tranſitus ad hos quæ conſenſu fiunt. quales ſunt mandatum, ſocietas, emptio venditio, locatio conductio. ideo autem dicitur iſtis modis conſenſu contrahi obligatio, quia in his neque verborum, neque ſcripturæ ulla proprietas, id eſt, ulla propria formula, deſideratur: ſed ſufficit, eos qui negotia gerunt, conſentire, ſive præſentes, ſive abſentes per nuncium, vel per epiſtolam *l. 2. D. de oblig. & act.* jure gentium quo ſolo reguntur, nullam ſolemnitatem deſiderante. Eſt vero mandatum (inde enim incipiam) contractus juris gentium, bonæ fidei, conſenſu conſtans, de negotio mandatoris periculo, gratis gerendo. De hoc mandato Prætor ſic edixit. *Quod quis mandaſſe dicetur, de eo judicium dabo.* Æquitas Edicti manifeſta eſt. nam in quibus rebus ipſi ſupereſſe non poſſumus, in his ait Cicero, *Pro S. Roſcio Amerino*, vicariam amicorum fidem ſupponi. & addit, idcirco amicitias comparari, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. non autem facilius aut diligentius hoc fit, quam cum agitur; ne quis propter fidem ſuſcepti negotii damnum referat pro gratia; neve is officio ſimulato commodis alterius officiat & obſtet. Sed enim Veteres mandatum primum officio atque amicitia æſtimarunt *l. 1. §. 4. b. t.* nulla hoc nomine conſtituta actione jure civili. verum cum fidem plurimum colerent, & ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, ſic dextram fidei ſacram facerent, (quod a Servio notatum ad Virgilii *lib. 3. Aeneid. verſ.* 607.) hac promiſſa alligaſſe fidem datæ ſuſceptæque operæ, meminit Iſidorus *lib. 4. Origin. c. 24.* Mandatum, inquiens, dictum, quod olim in commiſſo negotio alter alteri manum dabat. alludit certe huc Plautus, *Captiv. act. 2. ſc. 3. verſ. 82. & ſeq.* Hoc initium fuit. poſt uſus invenit actionem pro communi bono. ita mandatum tranſiit in civile negotium, & ritus jungendarum manuum exolevit, quaſi ſupervacuus; nomen manſit & res.

Utcumque erit; vult Prætor, ut locum habeat mandati actio, mandatum eſſe: alioquin ceſſare mandati actionem *l. 20. §. 1. b. t.* putat autem, mandari futurum negotium; id eſt, gerendum: ſi geſtum ſit, fruſtra mandari *l. 12. §. 14. b. t.* Illud parvi refert Prætoris, quomodo mandetur. nullam enim deſiderat ſolemnitatem: ſolo contentus conſenſu mandatoris & mandatarii de mandatoris negotio ejus periculo gratis gerendo. eo ſenſu Paulus *l. 1. b. t.* Obligatio, inquit, mandati conſenſu contrahentium conſiſtit. & ideo tam abſentes, quam præſentes, poſſunt mandatum contrahere. abſentes per nuncium, vel per epiſtolam *d. l. 1. §. 1:* præſentes & tacite, & palam. tacite rebus & factis: ut, ſi patiar,

aliquem pro me intervenire: aut ſi patiar, mandari, ut mihi credatur. eſt enim patientia non prohibentis quod videt pro ſe fieri, pro conſenſu, & ad ejus probationem ſufficit. *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 53. *h. t.* palam fit mandatum verbis quibuſcumque precariis. ea enim conveniunt naturæ rei ex officio atque amicitia proficiſcentis. tantum oportet eſſe idonea ad explicandum mandantis conſenſum. talia eſſe, ait Paulus *d. l.* 1. §. 2. rogo, volo, etiam mando. nam vel hoc precarium verbum eſt. ſane apud Virgilium *lib.* 6. *Aeneid. verſ.* 116. eſt, *Orans mandata dabat.* idem eſſe ait Paulus *d.* §. 2. ſi alio quocumque verbo ſcripſerit quis. Quid, ſi uſus ſit commendandi verbo: talem amico ſcribens epiſtolam: Rogo te commendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum. Ulpianus *l.* 12. §. 12. *h. t.* non obligabitur, inquit, mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi, cauſa ſcripta eſt. Quod probo: eſt enim aliud, mandare; aliud, commendare. mandare eſt, committere negotium ſuo periculo gerendum: ut in *d. l.* 12. §. 13. & 14. commendare eſt, laudare & gratiorem facere teſtimonio de perſonæ vita aut conditione. ita ex mandato naſcitur obligatio & actio ad reſtitutionem crediti. ex commendato talis obligatio non eſt: tantum pudor oneratur temeraria laudatione, ſecundum hoc Horatii, *lib.* 1. *Epiſt.* 18. *verſ.* 76.

Qualem commendes, etiam atque etiam adſpice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

At quemadmodum commendatum, ita conſilium, a mandato differt. nam & conſilii proprium eſſe, ne obligatorium ſit, Ulpianus definit, atque ad hoc Edictum, *l.* 47. *D. de reg. jur.* nec moror Inſcriptionem. eſt enim vitioſa, & ſic reſtituenda: *Ulpianus lib.* 31. *Ad Edictum*: monſtrante §. 1. ejus loci, juncta *l.* 21. *D. Pro ſocio*: quod bene obſervavit Labittus, *Uſu Indicis primo p.* 613. & ſeq. Cæterum, cur nulla ſit conſilii obligatio, a Gajo hæc proditur ratio: quia liberum eſt cuique apud ſe explorare, an expediat ſibi conſilium *l.* 2. §. *ult. h. t.* & ſane ita eſt: qui amico conſulit, ei nil promittit, præter fidem & amicalem affectionem: tantum vult eum, ſi patiatur, conſilio monere & regere. ſi non audiat; invitum cogere, ut faciat quod nolit, neque vult, neque poteſt *l.* 10. §. 7. *h. t.* igitur cui datur conſilium; is ſi damnoſum ſibi arbitretur & ſequatur, imputet ſibi, cum poſſet negligere: ſin utile putet, & res aliter cadat; conſulentis neque culpa eſt, neque obligatio: quia neque hic periculum in ſe ſuſcepit; & ille ſequutus hujus conſilium, ſuo judicio ſtetit. ſed certum eſt, conſilii non fraudulenti, nullam eſſe obligationem; etiamſi non expediat ei cui dabatur §. 6. *Inſt.* & *d. l.* 2. §. *ult. D. h. t.* Id omnes concedunt tum, ſi tibi generaliter ſuadeam, ut pecunias tuas potius colloces in emptiones prædiorum, quam fœneres, vel ex diverſo. Sed fingamus, me tibi nominatim conſuluiſſe, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuiſſe; niſi tibi hortator ſuaſorque extitiſſem: quid dicemus? mandatum eſſe? ne putem, ſuadet Ulpianus *l.* 2. *D. de proxeneticis.* in qua proponitur proxeneta qui eſt pararius, ſeu conciliator perficiendis negotiis. ſolet is in emptionibus venditionibus, aliiſque contractibus licitis utilem ſe non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* ſolet aliter non contracturos ſua perſuaſione movere, ut credant ac nomina faciant: ut oſtendit Seneca, *Epiſt.* 119. Hic igitur proxeneta ſi intercedit faciendi nominis; (id eſt, faciendi nominis cauſa: quod loquendi genus multis probat Auguſtinus *lib.* 2. *Emend. c.* 1.) & partes ad contrahendum perſuaſione ſua induxit: negat Ulpianus, eum teneri: & addit cauſam, quia magis monſtrat nomen, quam mandat, tametſi laudet: id eſt, quia non eſt hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat, ſed ſolum, ut monſtret, quale ſit, tametſi laudet, vel, ut Seneca ait, jactet nomen. Qui igitur conſilium dat etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandati teneri: quia non mandat, ſed ſuadet. longe autem aliud eſt mandare, aliud ſuadere & monſtrare arg. *l.* 1. §. 14. *D. Depoſit.* Hoc: ſi gratis interveniat proxeneta. imo idem dicit Ulpianus *d. l.* 2. ſi aliquid acceperit philantropiæ nomine. philantropia (ut oſtendi *lib.* 1. *Probabil. c.* 7.) eſt humanitas & dexteritas ſeu benevolentia adverſus omnes homines promiſcua. abſque hac remuneratione eſſet conſilium proxenetæ, non foret mandatum, deficiente conſenſu: igitur nec ea interveniente mandatum fiet: quia honos remunerandi cauſa habetur; non ut res ſit periculo proxenetæ, nec quaſi argumentum contracti mandati. Hoc; ſi quis uſus ſit ſuadendi aut conſulendi verbo. Quid, ſi dixerit, mando? nec ſic erit mandatum: ſi tibi mandet tua tantum gratia. nam ſupervacuum eſt ea in ſpecie mandatum; reſque perinde accipitur, quaſi conſilium ſit, & ob id obligatorium non ſit *pr. Inſt.* & *l.* 2. *pr.* & §. *ult. D. h. t.* quam ob rem? quia cum tua intereſt, mea non intereſt, res tui arbitrii eſt, non mei. ego ſane cur cogam te, in re tua facere quod nolis, neque cauſam habeo, neque facultatem. ſed & ſi rem tuam geſſeris, & damnum paſſus fueris; nihil eſt quod meam accuſes imprudentiam; cum egeris tuam cauſam tuo jure, & potueris ipſe per te explorare, quid ex uſu tuo eſſet. Sic, ſi palam non receperim periculum. idem, ſi receperim, auctore Celſo *l.* 48. §. *ult. D. h. t.* ait enim, ſi ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, tu recipias uſuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam eſſe: quemadmodum ſi mandem, ut tibi quemvis fundum

dum emas. tibi, inquam: ſic enim edit Haloander, & ſenſus poſtulat; etſi Florentiæ legatur, *mibi*. At Ulpianus obſtat *l.* 6. §. 5. *h. t.* Verum videamus; ne conjungenda ſit ſpecies *d.* §. 5. cum ea quæ præcedit §. 4: in quo dixerat Ulpianus, *Si tibi mandavero, quod mea non intererat.* Ita Florentiæ legitur: & eſt ſenſus, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: eſſe mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is ſenſus Florentinæ ſcripturæ: neque improbo, cum conſtet, mandatum aliena cauſa valere *l.* 2. *D. h. t.* Malim tamen, niſi te offendet diſpunctio voculæ, *Non*, legere, *ſi tibi mandavero:* quia vocula, *non*, abeſt a multis manuſcriptis libris; ſi quæ Accurſio fides id teſtanti in Glosſa. Etiam convenit ea emendatio ſpeciei *d. l.* 48. §. 1. *h. t.* quæ eſt ex Celſi libro 7. Digeſtorum quem allegat Ulpianus *d.* §. 4. poſtremo exigit eam ſive connexio, ſive oppoſitio, trium ſpecierum quas diſtinguere videtur Ulpianus in *d.* §. 4. *&* 5: cum alioquin ſpecies *d.* §. 4. ſit eadem ſpeciei ultimæ *d.* §. 5. & bis referatur: quod non fuit Ulpiano negotium. igitur lego, expuncta negatione, *Si tibi mandavero quod mea intererat.* Senſus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum: & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi fore obligatum. quod verum eſt, & a Celſo probatur *d. l.* 48. §. 1: quem, ut dixi, laudat Ulpianus *d.* §. 4. Deinde ait Juriſconſultus §. 5. *Plane ſi tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio.* Veriſſime: nam ſupervacuum eſt mandatum tua tantum gratia interpoſitum: quia mea non intereſt: tantum tua intereſt. Quid, ſi mea quoque intereſt? jam, ex Ulpiani ſententia, valet mandatum: quia eſt & tua & mea gratia. Sequitur, *Aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, etſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Ita Florentiæ edit Taurellius. Tu pro, *aut ſi*, ſcribe, *at ſi*. ſic ſuadent manuſcripti libri: ut teſtantur Ruſſardi & Charondæ marginales Notæ, etiam Codex Haloandrinus: & ſenſus, At ſi mandavi tibi neque mea gratia, neque tua, ſed aliena; & ideo non fuiſſes facturus, niſi tibi mandaſſem; competituram tibi adverſus me mandati actionem, etſi mea non interfuit. Hoc mihi videtur, & indicari a Juſtiniano §. 6. *Inſt. h. t.* Hæc cur tam varie? in primis cum aliena cauſa interpoſito mandato non magis mea interſit, quam cum mandatum eſt tua cauſa. Sed refert, quod te in tua cauſa & diligentem & curioſum eſſe oportet, in aliena non item: (quod præter Terentium, *Heautontim.* 1. 1. *verſ.* 23, etiam notat Paulus *l.* 19. *D. de novat.*) & ideo in altero caſu, ſi aliter cadat res, neque inquiſiviſti diligenter & curioſe in rem mandatam, tua culpa eſt, in altero non eſt. Hæc fere olim tradidi *lib.* 4. *Probabilium c. ult.* nunc addam, oportere conſilium, ne obligatorium ſit, bona fide datum eſſe: cæterum, ſi dolus & calliditas intervenit, etſi non ſit mandatum, nec obtineat mandati actio, tamen locum habere de dolo actionem *l.* 47. *D. de reg. juris.* *l.* 2. *D. de proxenetic.*. Nimirum erat conſulenti integrum, amico dare aut non dare conſilium: ſed cum voluit dare, eum decipere, ſpecie amicalis conſilii, non debuit.

Ut abſolvam cætera ad contrahendum mandatum pertinentia, apparet, eo verbo indigitari mandantis & mandatarii conſenſum de futuro negotio gratis gerendo. & eſt cauſa: quod (ut Cicero *Pro S. Roſcio Amerino* obſervat) non facile mandat quiſquam alteri, niſi amico. Paulus *l.* 1. §. 4. *h. t.* ait, mandatum originem trahere ex officio atque amicitia. Eſſe autem officio proprium, mercedem reſpuere, docet Seneca, *lib.* 3. *De beneſic. c.* 18. nam eſſe filii, uxoris, earumve perſonarum quas neceſſitudo ſuſcitat, & ferre opem jubet: nec diſtingui a beneficio, niſi quod alterum poteſt ſine reprehenſione omitti, alterum non poteſt. Sic Seneca. Etiam Fronto. utique ut ille officium finit neceſſitudine: ita hic ait, neceſſitudinem eſſe vel ſanguinis vel meritorum cum præceptoribus vel amicis. Aelius quoque Gallus, apud Feſtum vocat neceſſarios qui aut cognati aut affines, & in quos neceſſaria officia conferuntur præter cæteros. Igitur ſi mandatum ab officio atque amicitia procedit: ſequitur, cum qui mandatum ſuſcipit, ad gerenda negotia natura, non ſpe mercedis, ſuſcitari. in locatione aliud eſt. non enim ut mandatum, ita locatio, inter amicos ſuſcipitur, movente officio: ſed cum amici deſunt; locatio inter cæteros ſine neceſſitudine jure gentium contrahitur: & ideo cur hic alter alteri operam gratis donet, cauſa non eſt. contra ut eam impendat, mercede invitatur.. ita quibus caſibus officio ſine mercede ſuſcepto, mandatum eſt, iis caſibus, interveniente mercede certa & pecuniaria, locatio & conductio intelligitur contrahi *d. l.* 1. §. *ult. D. &* §. *ult. Inſt. h. t.* quod ſi incerta merces ſit, aut alia quam pecuniaria; nec mandatum, nec locatio eſt; ſed novum negotium ex quo in factum judicium dabitur *l.* 22. *D. de præſcr. verb.* Plane, ſi remunerandi cauſa honor (id eſt, honorarium, ſive ſalarium) intervenit: ait Ulpianus *l.* 6. *h. t.* eſſe mandati actionem: id eſt, ob honorarium non deſinere eſſe mandatum; eoque cætera quæ veniunt in mandati actionem, in eam venire propterea non deſinere. Nempe honor differt a mercede. honos beneficio habetur, & his quæ beneficii vicem obtinent. itaque non recipit æſtimationem, non magis, quam beneficium. merces ſolvitur pro operis quæ beneficiis non comparantur, & ideo admittit æſti-

æſtimationem, ſicut operæ. clare Ulpianus *l.* 1. *D. Si menſor falſ. mod. dix.* nec minus Ovidius *lib.* 1. *Amor. Eleg.* 10.

Omnia conductor ſolvit. mercede ſoluta,
Non manet officio debitor ille tuo.

Eſt & hæc differentia: quod ut beneficium, ſic honorarium, ex liberalitate proficiſcitur ultro. Seneca, *lib.* 1. *Controverſ.* 9. *Quidquid*, inquit, *aut præmii aut honoris nomine datur, in utramque partem ſumi licet: alioquin deſinit præmium eſſe cui neceſſitas jungitur.* Contra merces in conventionem initio deducitur. ſic habet neceſſitatem; ac ſi pro opera intervenit, locatio conductio eſt. honor ubi habetur remunerandi cauſa, mandatum eſt. nec diſtinguo, utrum re geſta offeratur, an ab initio conſtituatur unius pollicitatione: ut in *l. ult.* §. 1. *D. de oblig. & act.* pactione ſane ab initio non promittitur ſalvo nomine. poſtea promitti, nil prohibet: quia ex initio diſtinguuntur negotia. Imo ſalarium quibuſdam pactione etiam ab initio conſtituitur: ut Profeſſoribus liberalium artium. his datum, ut id ex pacto petant apud Prætorem extra ordinem; ſicut etiam more petunt ſine pacto *l.* 1. *D. de extraord. cognit.* Tantum uſus valet. ac fit mihi probabile, cauſam privilegio dediſſe hæc aut ſimilia quæ pro honore profeſſionis pulchrarum artium diſſeruit Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 14. 15. & 16. quæ hic deſcribere, longum foret. In Advocatis variatum ſæpe. modo Lex, modo mos, prævaluit. Lipſius docet, ad Tacitum *lib.* XI. *Annal. c.* 5. 6. 7. item Manutius, *De legib. Rom. p.* 145. *& ſeq.* tandem Lex conceſſit moribus. Ulpianum vide *d. l.* 1. §. 10. addo Martialem *lib.* 8. *Epigr.* 17, & Plinium, *lib.* 5. *Epiſt.* 4. 14. & 21. quare, ſi ab his quoque pactio fiat de ſalario intra licitum modum, adhuc honor aut ſalarium, non merces habetur: reſque magis officio, quam locationi, comparatur. ſic cenſeo, & ſubinvide de Advocato Seneca, *Act.* 1. *verſ.* 172. *Hercul. furent.*

Hic clamoſi rabioſa fori
Jurgia vendens improbus, iras
Et verba locat.

Dixi, quomodo contrahatur mandatum. Dicam, quomodo ſolvatur. primum finitur mutuo conſenſu; ſicut eo contrahitur: eſt enim naturali juri conveniens, unumquodque eo diſſolvi modo quo colligatur *l.* 35. *D. de regul. jur.* Illud quæritur, an revocatione mandatoris ſolvatur, invito mandatario? prima facie non videtur: quia initio eſt quidem unicuique libera poteſtas habendi, vel non habendi, contractus; verum renunciare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt *l.* 5. *C. de oblig. & act.* ſed in propoſito aliud jus eſt: quando mandatum eſt ſpecies beneficii: cujus hæc natura eſt: ut invito numquam obtrudatur: contra poſſit eo qui velit uti: qui nolit, non cogatur uti: nec, ſi cœperit uti, diutius quam velit, utatur. manet igitur mandatum, re adhuc integra, voluntarium: nec ideo contrahitur; ut a mandatario, invito mandatore, impleatur: ſed ut mandatarius mandatori ad implendum mandatum quod ſuſcepit, obligetur. Atqui dicet aliquis: etiam mandator mandatario obligatur ad reſtituendum quod ei abeſt. Bene mones: verum hoc fit non principaliter; ſed per conſequentiam: id eſt, ne in damno moretur mandatarius, ſi quid, volente mandatore, bona fide implevit: non ut quid, invito mandatore, faciat. & certe quid intereſt mandatarii, quamdiu res integra eſt, a ſe impleri mandatum, ſi id nolit mandator? quin, ſi rem putamus; magis utilis ei erit revocatio: qua liberatur a neceſſitate gratis implendi mandati. recte igitur placuit, mandatum poſſe a mandatore, quamdiu res integra eſt, revocari, etiam invito mandatario. §. 9. *Inſt. h. t.*

Non minus ſolvitur mandatum renunciatione mandatarii: modo (quod obſervat Paulus *l.* 22. §. XI. *h. t.*) ſit tempeſtiva: qualis eſt, ſi mandatori adhuc integra ſit poteſtas eamdem rem vel per ſe, vel per alium, explicandi. quod ſi ea non ſit mandatori integra: intempeſtiva renunciatio appellatur. hæc vero ſi interveniat, non agit bona fide mandatarius, mandatorem, quod non oportet, ſpecie amicitiæ decipiens. erit igitur actioni mandati locus. illa ſi incidat, ceſſat mandati actio: quia nihil fit adverſus bonam fidem; nec intereſt mandatoris, qui æque poteſt per alium facere quod ſperaverat facere per mandatarium. Sed, ut dixi, ſpeciale jus eſt mandati, proficiſcentis ab officio: cujus hæc eſt conditio; ut putetur natura æquum eſſe, tamdiu te mea uti liberalitate, quamdiu velim: & ſi mutem voluntatem, mihi jus eſſe mutandi *l.* 2. *l.* 12. *D. de precario:* tantum ne agam, ut ſub prætextu beneficii atque amicitiæ noceam tibi *l.* 17. §. 3. *D. Commodati.* Plane ſi juſta incidat cauſa aut non renunciandi mandato, aut ei intempeſtive renunciandi: adhuc audiendum eſſe qui eam alleget, Juſtinianus cenſet §. 11. *Inſt. h. t.* & Gajus *l.* 27. §. 2. *h. t.* Tales cauſæ Hermogeniano & Paulo *l.* 22. 23. 24. & 25. *h. t.* ſunt; ſi valetudinis adverſæ, vel capitalium inimicitiarum, ſeu ob inanes rei actiones, ſeu ob aliam juſtam cauſam, excuſationes alleget. Pauli locus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 15. hac editur forma. *Ob ſubitam valetudinem, ob neceſſariam peregrinationem, ob inimicitiam, & inanes rei actiones integra adhuc cauſa, mandati negotio renuntiari poteſt.* Sed legendum: *& inanes rei actiones*, aut *integra adhuc cauſa.* Cæterum æquitas quæ in his eſt cauſis, minime negligenda eſt. imo eſt digna ex profeſſo illuſtrari: fecitque id pulcherrime Seneca *lib.* 4. *De benefic. c.* 33. *& ſequentibus.* Adſcripſiſſem locum, niſi prolixior eſſet. tu ipſum vide: & puto, placebit.

Præ-

Præterea finitur mandatum morte mandatarii. nec tamen diſſimulandum, eſſe hic aliud ſtricto jure, id eſt, regula juris, aliud adverſus eam publica utilitate receptum. ſed hoc a Juſtiniano traditum §. 10. *Inſt. h. t.* nec habet interpretatione opus. Non minus tollitur mandatum morte mandatoris: ſi ſimpliciter ſit contractum. quid, ſi nominatim ſit conceptum poſt mortem mandatoris? hic hærent Doctiſſimi Viri. mihi quid videatur tradidi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 1. *& ſeqq.* nec ago actum.

Nunc de actione tractemus. ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Eſt igitur mandatum civile negotium: ex quo naſcitur actio mandati duplex: directa & contraria; monſtrante Rubrica, *Mandati vel contra.* utraque bonæ fidei, ex natura contractus ab utroque latere obligatorii. ita utraque petitur quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet §. *ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu.* Ulpianus §. 4. *l.* 29. *h. t.* ait, in hoc contractu agi de fide bona: cui non congruit de apicibus juris diſputare. id vero quid deſignet, exponit Radulphus Fornerius V. Cl. *lib.* 4. *Rer. quotid. c.* 19. Prior mandati actio eſt directa: eaque in Rubrica mandati per excellentiam vocatur: quia mandator hac a mandatario petit quod in mandatum principaliter deducitur. id quale? ut a mandatario officium quod ſuſcepit, impleatur. hanc enim mandati obligationem eſſe, ſupra docui. quid, ſi ceſſet, id implere, aut nolit? jam cogetur. quo modo? præſtatione ejus quod intereſt mandatoris, impletum eſſe mandatum *l.* 27. §. 2. *h. t. l.* 28. *D. de negot. geſt.* ut in omnibus faciendi obligationibus obſervari, Celſus ait *l.* 13. §. 1. *D. de re judic.* ſumma igitur hæc eſt: (auctore Ulpiano *l.* 8. §. 6. *h. t.*) ut mandati actio tunc competat, cum cœpit intereſſe ejus qui mandavit. cæterum, ſi nihil intereſt, ceſſet mandati actio: & eatenus competat, quatenus intereſt. exemplum tale: Mandavi tibi, ut fundum emeres: ſi intererat mea emi, teneberis. quod ſi eumdem fundum ego ipſe emi, vel alius mihi, neque intereſt aliquid, ceſſat mandati actio. Eſt & alterum exemplum: Mandavi, ut negotia gereres: ſi nihil deperierit, quamvis nemo geſſerit; aut ſi alius idonee geſſerit, ceſſat actio. Sic Ulpianus; & addit, in ſimilibus idem fore probandum. Habes unam actionis directæ cauſam. Quæ altera? ut mandatarius quidquid occaſione mandati perceperit, mandatori reſtituat. nam vel hoc eſſe bonæ fidei conſequens, quis non videt? ita tenetur procurator, ſi fundum ex mandatu emerit, præter fundum, fructus quoque quos conſecutus eſt, officio Judicis præſtare *l.* 10. §. 2. *h. t.* ut tamen dominus tum reputationes patiatur *d. l.* 10. §. 9. Sed, ut hoc agam, Paulus *l.* 20. *h. t.* Ex mandato, inquit, apud eum qui mandatum ſuſcepit, nihil remanere oportet. Id vero ſic accipiendum: ut non modo oporteat eum quod ex mandato accepit, reſtituere, ſed etiam, ſi quid ſine mandato, vel contra mandatum, accepit, quali quali mandati occaſione. Gajum audi *l.* 46. §. 4. *D. de procuratorib.* verba Gaji. Procurator, ut in cæteris negotiis gerendis, ita & in litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite conſecutus erit, ſive principaliter, ipſius rei nomine, ſive extrinſecus ob eam rem; debet mandati judicio reſtituere: uſque adeo, ut & ſi per errorem aut per injuriam Judicis non debitum conſecutus fuerit; id quoque reddere debeat. Simili modo Ulpianus *l.* 10. §. 8. *h. t.* ait, Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat ſine uſuris, iſque non ſine uſuris crediderit; quæri, an etiam uſuras mihi reſtituere debeat. & Labeonem ſcribere, reſtituere eum oportere, etiamſi mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quia, ut mea fert opinio, bonæ fidei congruit, ne de alieno lucrum ſentiat. ſic idem Ulpianus *d. l.* 10. §. 3: qui locus eſt luxatus, tranſpoſitis quibuſdam verbis: quæ reſtitui *lib.* 2. *De fœnor. & uſur. c.* 5. Illud quale, quod in *d.* §. 8. *l.* 10. notat Ulpianus, procuratorem, ſi periculo ſuo domini pecuniam credidiſſet ſine mandato; ex ſententia Labeonis ceſſare in uſuris actionem mandati? Hic locus eſt difficillimus: ſed videor mihi, eom feliciter explicuiſſe *lib.* 1. *dicti operis c.* 8. Occurrit hic & illa quæſtio, ſi procuratorem dedero, iſque mihi non reddat inſtrumenta cauſæ: an teneatur mandati actione? & putat Labeo: etſi aliis videretur, magis competere depoſiti actionem, quaſi data ſint cuſtodienda. ſed hæc ſententia Labeoni diſplicet: merito; quia principalis fuit mandati cauſa, utique ab initio: & quamvis in hanc incidit cuſtodia, intuendum tamen eſt initium. quo data procuratori ſunt inſtrumenta: ut haberet quibus cauſam meam tueretur. verius igitur eſt, quod Labeoni ſedit, ea venire in actionem mandati *l.* 8. *h. t.* Utcumque erit: tenetur mandatarius actione mandati reſtituere corpora, ſi quæ acceperit. Nec minus actiones, quas mandatu meo contrahendo adquiſiverit *l.* 45. *pr. &* §. 5. dicitur autem reſtituere actiones; cum eas mandatori cedit *l.* 43. *h. t.* add. *l.* 10. §. 6.

Sed apparet, in actionem mandati directam venire omne quod mandatarium mandatori præſtare oportet ex fide bona. reſtat, quid juris ſit: ſi quid ab eo commiſſum omiſſumve mandatori noceat. & puto, ſi accuſetur mandatarii dolus, eum teneri eo nomine. eſt enim dolus contrarius bonæ fidei, quam hæc actio deſiderat. idem dicendum de culpa lata: quia pro dolo habetur. at Veteres, ne quid de levi culpa dicam, etiam leviſſimam præſtare eum voluerunt *l.* 13. *&* 21. *C. h. t.* poſſitque hoc alicui videri durum: exiſti-

iſtimanti, in mandato, quia eſt gratuitum, & maxime ſpectat ad utilitatem mandatoris, perinde ut in depoſito, tantum præſtandum eſſe dolum & latam culpam. Sed intereſt inter utrumque contractum: nam mandatum continet negotiorum geſtionem, nec eſt contentum fide, ſed præterea opus habet induſtria & peritia negotio conſentanea. hanc mandator ſpectat, & a mandatario exigit jure quodam amicitiæ: nec minus profitetur eam mandatarius, amici negotium gratis gerendum ſuſcipiens; cum ad eum nihil pertineret. conſequens igitur fuit; ut ad hanc quaſi tacito quodam pacto adſtringatur. in depoſito aliter ſe res habet: quia in eo nihil verſatur, præter cuſtodiam ad quam fides ſufficit. placet igitur, depoſitarium non ulterius, quam de dolo & lata culpa teneri. mandatarium vero de dolo & omni culpa etiam leviſſima. idque & Ulpianus voluit *l.* 23. *D. de reg. jur.* ſi pro, *in his quidem* (quod jam ab aliis obſervatum) ibi legatur, *in his quidam*: ut ſenſus ſit: quod quidam ex contractibus ibi nominatis, in quibus mandatum, negotiorum geſtio, & commodatum, non tantum dolum & culpam, recipiunt, ſed præterea etiam diligentiam. Niſi ipſe manifeſte reſiſtit Ulpianus *l.* 29. *D. h. t.* arbitratus, mandatori actione mandati a mandatario præſtari tantum dolum & diſſolutam negligentiam, id eſt, culpam latam; ſicut in depoſito dictum. Sed videamus, ne in *d. l.* 29. tractetur mandatum: in quo nulla ſit mandatarii induſtria opus; ſicut nulla in depoſito eſt opus induſtria depoſitarii; eoque non magis hic, quam illic, niſi quid fiat dolo aut lata culpa, bona fides offendatur: &, ut utrimque eadem ratio eſt, ita idem utrimque jus eſſe debeat. Forte petes exemplum. accipe ab Ulpiano hoc: Fidejuſſor ex cauſa fidejuſſionis pro reo ſolvit pecuniam, tamquam ab eo debitam. non eſt numerata: an poteſt id quod ſolvit ab eo repetere? quæſtio eſt, quid a fidejuſſore ex cauſa mandati exigat bona fides: nam errorem interveniſſe negari nequit. Et probo, quod Ulpianus ait, intereſſe; utrum fidejuſſor ſciens prætermiſerit exceptionem doli, aut non numeratæ pecuniæ, an ignorans. nam ſi ſciens eam prætermiſerit, videtur dolo verſatus, aut diſſoluta negligentia quæ prope dolum eſt: & de dolo eum teneri conveniens eſt judicio bonæ fidei, ex fide bona dari ſolito. quod ſi ignorans eam prætermiſit: nihil eſt actum dolo malo; nec eſt quod improbet bona fides. nam ſi quæ culpa ſit omiſſæ circa exceptionem diligentiæ, ea eſt principalis rei, ſive debitoris qui de ea fidejuſſorem non admonuit; ſed non eſt fidejuſſoris: qui exceptione per ignorantiam uti non potuit, & ideo nec debuit: ſicut ſe ad inquirendi diligentiam induſtriamve ullam hic nullo modo obligavit. Pari ratione & ſi debitori competebat exceptio, forte pacti conventi vel cujus alterius rei, &, ignarus fidejuſſor hanc non exercebat; dici oportet, ei mandati actionem competere: non alia cauſa, quam quia ignoravit: nec ad induſtriam, ſed tantum ad bonam fidem ſe obligavit. Similiter ſi fidejuſſores, ignorantes debitorem ſolviſſe, vel etiam acceptilatione, ſive pacto liberatum, ex ſubſtantia debitoris ſolverunt, eos mandati non teneri, Ulpianus opinatur *l.* 8. §. 7. *h. t.* idemque ait §. 8, & ad actionem fidejuſſoris pertinere, ex Reſcripto Divorum Fratrum, ſi injuſte damnati omiſerunt auxilium provocationis. nam ſi ignoraverunt, excuſatam ignorantiam eſſe. ſi ſciverunt, incubuiſſe illis neceſſitatem provocandi. cæterum dolo verſatos eſſe, ſi non provocaverunt. niſi ſi paupertas eis non permiſit appellare: nam tum excuſatam eſſe eorum inopiam ſumptibus imparem. Idemque eſſe, ſi debitorem teſtato convenerunt; ut, ſi ipſe putaret, appellaret: nam tum quoque rationem eis conſtare, exiſtimat. Hiſce exceptis ait *d. l.* 8. §. *ult.* Ulpianus, ſi qui ſcientes non appellaverint, etſi in mandati judicio, quoties induſtria non eſt opus, ſupervacuo quidem diſputari de eorum levi aut leviſſima aliqua culpa: neceſſario tamen eos dolum & culpam latam præſtare. eoque in *l.* 10. *h. t.* omnibus ſuperioribus pulchre aptari hoc Ulpiani: *Nihil enim amplius, quam bonam fidem præſtare eum oportet qui procurat.*

Urit tamen me ſummopere difficultas in *l.* 8. §. *ult.* nata ex poſito mandato de emendo ſervo: quando ait Ulpianus, mandatarium ſolum teneri, ſi dolo emere aut lata culpa neglexit. Et in *d. l.* 10. mox ſubjicit, idemque & in fundo, ſi fundum emit procurator. Tum mox ſic cauſatur, Nihil enim amplius, quam bonam fidem præſtare eum oportet, qui procurat. Nam cur in mandato illo de emendo ab Ulpiano neceſſaria non putatur induſtria; & contra videtur ſola ſufficere bona fides, dolo malo oppoſita? Non habeo, quod reſpondeam: niſi liceat per te mihi in *d.* §. *ult.* fingere mandatum de emendo ſervo certo, Sticho, verbi gratia, atque etiam certo pretio: aut de emendo nominatim fundo Corneliano certo ſimiliter pretio. eo enim in caſu vix opus induſtria: tantum ſufficit bona fides. Mihi hoc incidit: quam recte cogitent Eruditiores. ſimul, quod etiam tutor qui actione tutelæ regulariter tenetur de dolo, culpa lata, & levi, comparaturus pupillo prædia legis neceſſitate, hac in parte tantum de dolo & culpa lata tenetur, teſte Ulpiano *l.* 7. §. 2. *D. de admin. tutor.*

A directo mandati judicio tranſeo ad contratium. Eo experiuntur qui mandatum ſuſceperunt *l.* 12. §. 7. *D. h. t.* adverſus mandatorem; ut recipiant quod eis abeſt. Exemplum accipe ab Ulpiano *l.* 12. §. 9. ait: Si

mihi

mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando: ſed & ſi tuo pretio emero, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria actio; aut ſi rem emptam nolis recipere. Sed generaliter debent impendia, bona fide facta mandati exequendi gratia, hac actione reſtitui: nec ad rem pertinet, ſi mandator ipſe negotium gerens, potuiſſet minus impendere *l.* 27. §. 4. Eſto; ſi negotio effectum dedit procurator. ſed quid, ſi finem adhibere non potuit? idem puto *l.* 56. §. *ult. h. t.* an enim periculum domino præſtet, gratis interveniens? non hoc bona fides, vel officium patiatur. repetet igitur impenſas ſine diſcrimine: modo alienum geſſerit negotium, atque alterius cauſa *l.* 16. *D. h. t.* imo Paulus *l.* 22. §. 2. *eod.* interdum, inquit, evenit: ut meum negotium geram, & tamen utilem habeam mandati actionem. ac tale ponit exemplum: veluti cum debitor meus debitorem ſuum mihi periculo ſuo delegat; aut cum rogatu fidejuſſoris cum reo experior. & probo adjectam rationem: nam quamvis debitum meum perſequar, nihilominus & illius negotium gero. igitur juſtiſſime Paulus: quod minus ſervavero, conſequar mandati actione. Sed hic caſus ſingularis. alias repetuntur demum impenſæ, ſi a mandatario factæ in alieno negotio, & mandati exequendi gratia ei abſint *d.* §. 4. *l.* 27. Quod ſi aliam habeant cauſam, quam exequendi mandati; verius eſt, non venire in hanc actionem: quia ad mandatorem non pertinent. eſt talis caſus, ſi procurator morbo aut latrocinio, aut naufragio damnum acceperit *l.* 26. §. 6. *D. h. t.* item, ſi pœnam ex ſuo delicto præſtitit *l.* 46. §. 5. *D. de procuratorib.* Veniunt igitur in hanc actionem impenſæ. addo: etiam uſuræ ex mora officio Judicis. at quæ? plene Ulpianus *l.* 12. §. 9. *D. h. t.* ubi vide.

Præter ſuperiorem cauſam contrariæ actionis eſt & ſequens: ſi mandatarius qualicumque mandatoris culpa atque imprudentia damnum ſit propter mandatum paſſus. fac: Titius mandavit, ſibi emi ſervum certum. is ſervus furto nocuit mandatario. an poteſt mandatarius repetere damnum furto ſervi ſibi datum? hanc quæſtionem tractat Paulus *l.* 26. §. 7. *h. t.* uberius Africanus *l.* 61. §. 5. *D. de furtis.* Ait autem, procuratorem juſtiſſime allegare, non fuiſſe ſe id damnum paſſurum, non ſuſcepto mandato. addit, multo æquius videri, officium ſuum nemini damnoſum eſſe, ejus præſertim cum quo contraxit, non ſui commodi cauſa, ſuſceptum: potius ipſi mandatori culpam ſuam damnoſam eſſe oportere. in propoſito vero eſſe culpam mandatoris, qui mandaverit, ſibi talem emi ſervum, in ejuſque conditionem ante non inquiſiverit.

Expoſui caſus quibus locum habeat contrarium mandati judicium. addam paucos quibus ceſſet. Occurrit unus in *l.* 40. *D. h. t.* in qua Paulus, Si, inquit, pro te præſente & vetante fidejuſſerim; nec mandati actio, nec negotiorum geſtorum eſt. addit, fuiſſe qui exiſtimarent, oportere adhuc utilem dari: ſed negat, ſe his conſentire: idemque Pomponio videri ait. atque hoc tandem etiam Juſtiniano placuit *l. ult. C. de negot. geſt.* Alter caſus eſt, ſi mandatarius ſit egreſſus mandati fines: ſunt enim hi cuſtodiendi diligenter. videlicet, quia alioquin aliud quid agit mandatarius, quam eum facere voluit mandator, nec eſt rationis, hunc eo teneri nomine cujus periculum in ſe non ſuſcepit *l.* 5. *D. h. t.* eſtque id procul dubio verum, ſi non interfuit mandatoris, ſic fieri. & quid, ſi id ſit? nil muto: quia non eſt mandatarii, judicare, quid ſit mandatori utile: ſed mandatoris, qui eſt rei ſuæ dominus, arbiter, & moderator ſolus. eoque neſcio, an ſpectet Paulus *l.* 3. *d. t.* quid, ſi paratus ſit mandatarius, mandatori id remittere in quo exceſſit mandati fines? De eo lis fuit inter Proculianos & Sabinianos: de qua Paulus *d. l.* 3. §. 2. & Gajus *l.* 4. *ſeq.* Cujacius *lib.* 12. *Obſerv. c.* 34. & Johannes a Coſta ad *h. t. Inſt.* Præterea docet Juſtinianus §. 7. *Inſt. h. t.* non eſſe obligatorium mandatum quod eſt contra bonos mores: ac pro exemplo addit: veluti, ſi Titius tibi mandat de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda. id vero placet ei in tantum; ut, licet pœnam præſtiteris iſtius facti nomine, nolit ullam te adverſus Titium ob hoc habere actionem. Quod dixit Juſtinianus, probat Paulus *l.* 22. §. 6. *h. t.* ſic ſcribens: *Qui ædem ſacram ſpoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum ſuſcipiat, nihil mandati judicio conſequi poteſt.* Quam ob rem? ait, *propter turpitudinem mandati.* Optime: exacto mandato ad ejus naturam, ex officio atque amicitia pendentem. non enim neſcire quem oportet, omnia humanitatis officia ad tuendam communis vitæ ſocietatem referri: eoque ſemper agere, ut juventur humana bona; numquam, ut perdantur. Sed divine Cicero, in *Lælio, vel de Amicitia*, diſputans de ratione amicitiæ, *Hæc*, inquit, *prima lex ſanciatur, ut neque rogemus res turpeis, neque faciamus rogati.* Et poſt. *Hæc igitur prima lex in amicitia ſanciatur, ut ab amicis boneſta petamus, amicorum cauſa boneſta faciamus.* Ab eodem fonte fluit hoc Ulpiani *l.* 12. §. 11. *D. h. t. Si adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu ſciens mandatum ſuſceperis, non habebis mandati actionem.* Qua ratione? additur hæc præclara: *Quia ſimile eſt, quaſi perdituro pecuniam ſciens credideris.* Sic Ulpianus. Imo ulterius ſic ſcribit: *Si directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati: quaſi adverſus bonam fidem mandatum ſit.* Pulcherrime Ulpianus: ac neſcio, an reſpiciat ad optimum Senecæ

locum: qui eſt *lib. 2. De benefic. c.* 14. poteſt certe ex hoc egregie illuſtrari: ut olim oſtendi *lib.* 3. *Probabilium c.* 2. ubi, ſi places vide.

TITULUS II.

Pro ſocio.

Mandatum excipit ſocietas: quæ eſt contractus juris gentium, bonæ fidei, conſtans conſenſu de lucro & damno communis rei aut operæ, inter ſocios communicando. De hac ſocietate videtur tale fuiſſe Edictum. *Si ſocietas coita eſſe dicetur, quod pro ſocio communiterve geſtum erit, de eo judicium dabo.* Hoc Edictum eſt æquiſſimum, & ad juvandam vitæ commoditatem neceſſarium: quando ſæpe contingit, ut cui pecunia ſuppetit, in eo induſtria deſideretur: & qui ſapientia valet, eum ſortuna deſtituat. Ita quod neuter poteſt per ſe quærere aut tueri, id uterque poteſt contracta ſocietate aſſequi: atque eo tutius commodiuſque, quod utrumque communis ſpes metuſve peræque excitat ad præſtationem fidei induſtriæque: pari utriuſque jure in lucro damnoque: ut poſt dicetur.

Ait Prætor, *Si ſocietas coita eſſe dicetur.* Igitur ut ſit pro ſocio actio, ſocietatem intercedere oportet. nec ſufficit, rem eſſe communem, niſi ſocietas intercedit. intereſt enim inter communionem & ſocietatem: ut inter genus & ſpeciem. communio eſt genus: cujus partes duæ ſunt: communio in ſpecie & ſocietas. in illam incidimus, nullo habito tractatu de lucro & damno: hæc ſine tractatu nulla eſt. illam res facit: hanc animus utriuſque ſocii. inde Livio *lib.* 8. *c.* 4. dicitur æquatio juris. Papinianus *l.* 63. *h. t.* ait, eam quodammodo in ſe habere jus fraternitatis: id eſt, quoddam jus æqualitatis. nam hanc indigitat fraternitas. Lactantius *lib.* 5. *Divin. inſtit. c.* 16. *Nec alia cauſa eſt, cur nobis invicem fratrum nomen impertiamus, niſi quia pares eſſe nos credimus.* Sed ex ſolido Quintilianus *Declamat.* 320. a Gronovio V. Cl. ſic reſtitutus: *Sacra res eſt, & quædam fraternitas conjunctio bonorum. conſortes enim poteſt facere caſus: cæterum quidem cum duo homines omnes fortunas ſuas contulerunt, omnes caſus miſcuerunt, unum quoddam factum eſt. quid eſt juſtius, quam compoſitum patrimonium habere conditionem unius? ſocietatis (hoc eſt, unitatis). Vides ergo & damna & lucra communia eſſe debere, & nihil non æquum eſſe utrique parti.* Igitur cum tractatu habito coita eſt ſocietas, pro ſocio actio eſt: cum ſine tractatu in re ipſa & negotio communiter geſtum videtur: ut in conductionibus publicorum, (id eſt, vectigalium: nam hæc publica in *l.* 1. §. 1. *D. de publican.* & alibi) item in emptionibus. nam qui nolunt inter ſe contendere, ſolent per nuncium rem emere in commune: quod a ſocietate longe remotum eſt. (niſi ſit animus eam contrahendi: qui animus ſupponendus in *l.* 1. *D. Commun. divid.*) his igitur caſibus ſi quid forte unus in eam rem impenderit, ſive fructus mercedeſve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non ſocietatis judicio locus eſt: ſed inter coheredes quidem familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo judicio agetur; inter cæteros communi dividundo *l.* 31. *l.* 32. *l.* 33. *l.* 34. *D. h. t.*

Vult igitur Prætor, ut pro ſocio actio ſit, coitam eſſe ſocietatem. eſt vero ea res facti, facile dubitationem recipientis. intererit, id exemplo intelligi. finge: (qui eſt caſus *l.* 44. *D. h. t. & l.* 13. *D. de præſcript. verb.*) vendenda tibi dedi margarita: hac lege, ut ſi ea decem vendidiſſes, redderes mihi decem: ſi pluris; quod excedit, tu haberes. quæritur, qua actione agi oporteat: mandati, an pro ſocio, an præſcriptis verbis? quæſtio vertitur, quis ſit contractus? & quidem mandatum eſſe non placet Ulpiano *d. l.* 13. quia non eſt gratuitum, retenturo te quod excedit decem. non magis poteſt agi pro ſocio: quia eſt quidem actum, ut pretium communicetur; ſed tantum, ſi pluris vendideris margarita, quam decem. & negat Ulpianus *d. l.* 13. ſocietatem contractam in eo qui te non admiſit ſocium diſtractionis: id eſt, qui te non in totum admiſit ſocium pretii, ex diſtractione percepti: ſed ſibi certum pretium excepit: id eſt, qui pacto ſibi certo pretio, de cætero neglexit æqualitatem, propriam naturæ ſocietatis. Erit igitur ex ſententia Ulpiani *d. l.* 13. alius contractus, id eſt, incertus atque innominatus ex quo agetur actione præſcriptis verbis. Hoc in dubio Ulpianus in *d. l.* 13. Nec tamen reſiſtit in *d. l.* 44. quo minus ſit pro ſocio actio, ſi in contrahendo fuerit animus contrahendæ ſocietatis. Datum hoc electioni contrahentium: re non omnino recuſante eam contractus formam: cum utique placuerit, venditorem venditis margaritis, habere quod excedit decem: in eoque eſt ſocietas diſtractionis; licet non ſit in totum. & eſt ſimile animadvertere in ſpecie *l.* 52. §. 7. *D. h. t.*

Sed redeo eo, unde diſceſſi: ut ſit pro ſocio actio, poſtulat Prætor, coitam eſſe ſocietatem, id eſt, eſſe actum de communicando lucro & damno. nec refert ejus; utrum ſit ſocietas univerſorum bonorum, an negotiationis alicujus, aut vectigalium, an rei unius. non enim diſtinguit. Initium interpretationis ſumam ab unius rei, vel unius negotiationis ſocietate. talis eſt mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei aut vini aut frumenti emendi vendendique *pr. Inſt. h. t.* Ex eodem genere eſt ſocietas; cum

ita

ita convenit, ut ſi qua juſta hereditas alterutri obvenerit, communis ſit. in eaque ait Paulus *l.* 3. §. 2. *h. t.* de illo quæri, quæ juſta dicatur hereditas; utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea quæ teſtamento. & eſt ratio dubitandi, quod utraque juſta dicitur. ſed probabilius eſſe ait Paulus, hoc ad legitimam tantum pertinere: forte quod hæc hereditas proprie & quaſi per eminentiam juſta & legitima dicitur; teſtamentaria contra tantum non improprie hoc nomine appellatur *l.* 130. *D. de verb. ſignif.* favetque interpretationi etiam hoc Ciceronis *lib.* 3. *De nat. Deor. c.* 35. *Eamque poteſtatem quam ipſe per ſcelus erat nactus quaſi juſtam & legitimam, hereditatis loco filio tradidit.* Effectus particularis ſocietatis ille eſt: ut in eam veniant tantum lucra & damna, contemplatione ejus rei, ejuſve negotiationis qua de nominatim conventum eſt, contingentia. Exemplum in *l.* 52. §. 5. Duo erant argentarii ſocii. alter eorum quid ſeparatim quæſierat & lucri ſenſerat. quærebatur, an commune eſſe lucrum oporteret? Imperator Severus Flavio Felici reſcripſit: etiamſi maxime argentaria ſocietas inita eſt, quod quiſque tamen ſocius non ex argentaria cauſa quæſivit, id ad communionem non pertinere, explorati juris eſt. Similiter ſi fratres parentum hereditates ideo tenuiſſent indiviſas, ut in his commune eſſet damnum atque emolumentum, placet Papiniano, quod aliunde quæſiviſſent, non redigi in commune *d. l.* 52. §. 6. At quemadmodum in certæ rei, negotiationiſve, communionem nihil venit præter id quod ex ea quæritur; ſic e contrario ei imputatur quidquid ejus exequendæ gratia damni factum eſt. pone, ut ſit exemplum, ex *d. l.* 52. §. 4. quidam coiërunt ſagariam negotiationem. ſagum eſſe veſtem militarem, omnes norunt: & eſt ſagaria negotiatio de talibus veſtibus emendis vendendiſque inſtituta: dicta ſagaria, ut lintearia *l.* 5. §. 15. *D. de tribut. act.* ut notatum a Catelliano Cotta, *Memoralibus.* quidam igitur ſagariam coiërunt negotiationem. ex his alter ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, ſuamque pecuniam perdidit. cujus damnum eſt? Julianus dicit, eſſe commune, & ideo utrumque actione pro ſocio debere adgnoſcere damni partem dimidiam tam pecuniæ, quam cæterarum rerum quas ſecum non tuliſſet ſocius, niſi ad merces communi nomine comparandas proficiſceretur. ſed & ſi quid in medicos impenſum eſt, pro parte ſocium agnoſcere debere, rectiſſime Julianus probat. proinde & ſi naufragio quid periit, cum non alias merces, quam navi ſolerent advehi, damnum ambo ſentient: nam ſicuti lucrum, ita damnum quoque commune eſſe oportet, quod non culpa ſocii contingit.

Altera ſpecies ſocietatis eſt omnium bonorum. Juſtinianus *pr. Inſt. h. t.* dicit totorum bonorum: tota bona pro omnibus ſumens; ut in *l.* 63. *D. de procurat.* & alibi ſæpe. Coitur vero talis ſocietas aliquando ſpecialiter, aliquando ſimpliciter. primum ſpecialiter: id eſt, ut Accurſius explicat, expreſſe: cum pactum conventum ſit expreſſe, ſeu nominatim; ut ſit ſocietas omnium bonorum, ſive univerſorum bonorum, ſive univerſarum fortunarum. Scævola ait, hoc modo coëuntes in omnibus eſſe ſocios *l.* 39. §. 3. *D. Famil. erciſc.* Quintilianus verbis ſupra allegatis ex *Declam.* 320. illam intelligit: dicens, cum duo homines omnes fortunas ſuas contulerunt, omnes caſus miſcuerunt: & addit, Compoſitum patrimonium habere conditionem unius: ejuſque ſocietatis, id eſt, unitatis, damna & lucra eſſe communia, ideoque nihil non æquum eſſe utrique parti. Nec dubito, quin ſecundum hoc explicandus ſit Paulus *l.* 3. §. 1. *h. t.* ita loquens: *Cum ſpecialiter omnium bonorum ſocietas coita eſt, tunc & hereditas & legatum & quod donatum eſt, aut quaqua ratione adquiſitum, communioni adquiretur.* Pauli ſenſus eſt: ubi in contrahenda ſocietate eſt nominatim dictum, eam coiri de omnibus bonis, ſive de univerſis bonis, aut de univerſis fortunis, hanc ejus vim eſſe, ut in communionem veniat non modo quod ex bonis illis arte, labore, induſtria, ſeu quæſtu, adquiritur: ſed etiam quod aliunde accedit alio quocumque modo, verbi gratia, ex liberalitate amicorum, ut donatione, legato, hereditate. At nec dubito, quin reſponderit Ulpianus *l.* 73. *D. h. t.* ſic communicari res quam præſentes, tam futuras quoque. Præter hæc obſervatur hac in ſpecie; ut, ſi neceſſe habuit ſocius, aliquid præſtare ſine vitio ſuo, id ſocietati imputet: ſive præſtiterit ex cauſa ſocietatis, ſive extra eam, & coactus per injuriam tertii *l.* 52. §. *ult. h. t. d. l.* 39. §. 3. Sic puto, conveniri ſolere; & eſt exemplum in *d. l.* 73. ac proinde, ſi non ſit pactum conventum; tamen quia moris eſt hoc fieri, in bonæ fidei judicio pro convento habetur *l.* 31. §. 20. *D. de Ædil. edict.*

Sed Ulpianus *l.* 7. *h. t.* ait, ſocietatem coiri & ſimpliciter licere: & ſi non fuerit diſtinctum, coitam eſſe univerſorum quæ ex quæſtu veniunt: hoc eſt, ſi quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione, deſcendit. quæſtum enim Sabinus (quod conjicio ex Inſcriptione *l.* 8. *h. t.*) definivit, qui ex opera cujuſque deſcendit. nec adjecit Sabinus (ſic ſubjicitur in *l.* 9.) hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis cauſa: fortaſſis hæc ideo, quod non ſine cauſa obveniunt, ſed ob meritum aliquod accedunt. de hereditate addit Paulus *l.* 10. quod plerumque vel a parente, vel a liberto quaſi debitum obvenit. Ita de hereditate, legato, donatione, Q. Mucium ſcripſiſſe, Ulpianus refert *l.* 11. *D. h. t.* Quid, ſi adjiciatur, ut & quæſtus & lucri ſocii ſint? Verum eſt, non ad aliud

lucrum, quam quod ex quæſtu venit, hanc quoque adjectionem pertinere *l.* 13. *h. t.* Igitur nec æs alienum, niſi quod ex quæſtu pendebit, venire in rationem ſocietatis, meditate ait Paulus *l.* 12. *h. t.*

Summa diviſionis quam explicui, obtinet, ſocietatem appellari demum: cum eſt de communicando lucro & damno actum, ſive ſit univerſorum bonorum ſocietas, ſive unius rei aut unius negotiationis *l.* 67. *D. h. t.* Ego addam, quod ideo oportet etiam conveniri de facienda in commune collatione, atque utrimque: non futura alioquin ſocietate, ubi non eſt ex quo ſequatur lucri & damni communio: ad quam unam intendit ſocietas. Cæterum poſſe eam coiri & valere etiam inter eos, qui non ſunt æquis facultatibus, in mentem venit Ulpiano *l.* 5. §. 1. *h. t.* hac ratione, quod plerumque pauperior opera ſupplet, quantum ei per comparationem patrimonii deeſt. Eadem ratione placuit, ſocietatem contrahi, uno pecuniam, altero operam, conferente. fuit quidem hoc aliquando incerti juris, ſed obtinuiſſe, teſtes ſunt Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. h. t.* nec aſpernatur Juſtinianus §. 2. *Inſt. d. t.* operam pro pecunia valere. Ut ut erit: utique conſtat ex his, adeo propriam ſocietatis eſſe utriuſque partis collationem: ut, ſi ab una parte pecunia & opera, ab altera neutra, conferatur, Ulpianus neget, ſocietatem donationis cauſa recte contrahi *d. l.* 5. §. 2.

Oſtendi, ſocietatem egere collationis mutuæ & reciprocæ. deinceps, quomodo fiat, oſtendam. fit ea; cum res ſingulorum propriæ inter eos communicantur pro ratione coitæ ſocietatis. aitque Paulus *l.* 1. §. 1. *h. t.* in ea quæ ſit univerſorum bonorum, hoc fieri continuo; licet (quod Gajus obſervat *l.* 2.) ſpecialiter traditio non intervenerit: id eſt, licet manifeſta ſingularum rerum traditio nulla intervenerit. Qui poteſt? ait Gajus, quia tacita creditur intervenire; &, ut videtur, fictione conſtituti poſſeſſorii: qua de egi *lib.* 2. *Probabil. c.* 6. Induxit hanc utilitas expediendorum negotiorum: difficili rerum ſingularum traditione in patrimoniis amplis & diffuſis, alioquin ad traditionem dominii regulis juris neceſſaria. Interim recepta ea fictio fuit in rebus ſaltem corporalibus: nam nomina manere in ſuo ſtatu, & actiones a ſociis invicem præſtari, certus auctor Paulus *l.* 3. *h. t.* At nec in corporalibus obtinuiſſe, niſi coëuntium ſint tempore coitæ ſocietatis, idem Paulus ait *l.* 1. §. 1. ſane in futuris aliud viſum *l.* 73. & 74. *h. t.*

Satis, ut puto, liquet, ſocietatem pecuniæ rerumque a ſociis contrahi lucri & damni communicandi gratia. illud adhuc tractandum, quibus ex partibus eam communionem conſtare æquum ſit. eſt vero hoc quæſtioni propter obſcurum Ulpiani locum in *l.* 29. *D. h. t.* in qua ceſpitant Interpretes clari & docti: quia videntes ſocietatem a Papiniano *l.* 63. *h. t.* cenſeri jure quodam fraternitatis, id eſt, ut dictum, amicitiæ, in ea nihil conſiderant præter fraternitatem amicitiamque: aſſuetam pares aut accipere aut facere: ut eſt in *Sententiis* Publii Syri *verſ.* 25. eoque præjudicio ſibi aliiſque perſuadent, Ulpianum *d. l.* 29. voluiſſe, partes, ſi non fuerint ſocietati adjectæ, æquas eſſe, etiamſi inæqualis ſit collatio: imputaturo ſibi qui alias exſpectarit; quod eas, cum liceret, non eſt pactus. Sed illis qui ſic ſentiant, ego non accedo: nam aliter ſe res habet: & eſt ſocietatis ſive amicitiæ (quod me docuit Ariſtoteles *lib.* 8. *De moribus c.* 3. *& ſeqq.*) non unus finis, nec una conditio, aut una ſpecies. inter cæteras occurrit aliqua ſapientum: unam habens cauſam virtutis, amicitiæque perfectæ. eſt alia pecuniæ ac rerum: amicitiam in quibuſdam præferens, at non ob ipſam, ſed ob negotiationem, id eſt, ob lucrum atque utilitatem. prior Philoſophis curæ eſt: poſterior Juriſconſultis ſub hoc Titulo. altera eſt vera & propria, laudata ab Ariſtotele *d. loc.* etiam a Cicerone *lib.* 1. *De legib. c.* 12. & in *Lælio ſive De amicitia.* altera quaſi & impropria, quam Papinianus in *d. l.* 63. idcirco dicit in ſe habere jus *quodammodo fraternitatis.* Eoque modo etiam Quintilianus loco allegato *ex Declam.* 320. hanc vocat *quamdam fraternitatem*: id eſt, impropriam, non veram; ſi nimirum cum illa propria & vera comparetur. Suſtuli præjudicium. nunc, quemadmodum accipiendus ſit Ulpianus, demonſtrabo: verbis ejus ex *d. l.* 29. ante adſcriptis: *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere: ſi modo aliquid plus contulerit ſocietati vel pecuniæ vel operæ, vel cujuſcumque alterius rei.* Ut conſtet Ulpiano ratio, præmittam, eum duos tractare caſus, eoſque diverſos: alterum de æquali collatione, alterum de inæquali. ad priorem reſtringo verſum, *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eſſe conſtat.* Ad poſteriorem refero ſequentem, *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere: ſi modo aliquid plus contulerit ſocietati vel pecuniæ vel operæ vel cujuſcumque alterius rei.* Erit hæc præmunitio aliquod Ulpiano allatura lumen. Igitur ad priorem caſum ſpectat verſus, *Si non fuerint.* Nec offendat te: quod præ me fero, ibi agi de æquali collatione, ubi nullam cernis ejus mentionem. nam hanc evincet diligentior verſus mox ſequentis comparatio cum præcedente. ſane cum poſterior verſus palam ſeparetur a priore per voculam adverſativam, *vero*; & diſerte tractet de inæquali collatione: num fas eſt, ambigi; an prior agat de æquali? Sed veriſſimum eſt, Ulpianum in priore velle ſocios paria ad ſocietatem negotiandi cauſa conferentes, ſi non exprimant lucri & damni

damni partes, ſemper intelligi, viriles, ſive æquas, conſtituere. Itane? nil attinet, partes palam definire: paritate collationis prohibente, alterum in ſocietate non ad amicitiam, niſi ob negotlationem, id eſt, ob lucrum, ſive utilitatem ſpectante, quid ultra velle, quam contulit: alterum credi, velle minus. nec tamen hoc impedit, ne ſocii vel hic poſſint palam, ſi velint, partes æquales conſtituere: quod & fieri, ſubinde prudentiæ fuerit. Tantum de priore Ulpiani caſu. In altero quæritur; an teneantur ſocii, partes lucri & damni definituri, ſemper æquales ſtatuere? Et negat Ulpianus: imo ait, eos debere interdum inæquales facere. Quando? nempe, ſi ille qui plus auferet ex ſocietate, etiam plus ad eam ſit allaturus. Hæc ego fide Ulpiani in *d. l.* 29. ſic temperantis. ille, opinor, edoctus ab Ariſtotele: cujus proinde verba appoſuiſſe, non inutile fuerit. Verba Ariſtotelis ex *lib.* 3. *De republica c.* 9. *Jus videtur eſſe quod æquale eſt: & eſt plane. verum non omnibus, ſed æqualibus. tum inæquale jus videtur eſſe, ſed inæqualibus.* Et paulo poſt: *Non juſtum eſſe, æquam partem ferre centum minarum eum qui unam minam attulit, atque eum qui reliquum omne contulit, neque eorum quæ in ſocietatem initio collata ſunt, neque eorum quæ poſtea acceſſerunt, & lucri facta ſunt.* Item *lib.* 8. *De moribus c. ult.* verba: *In ſocietate pecuniæ plura auferant, qui plura in ſocietatem attulerunt.* Ita prorſus eſt: Ulpianus in *d. l.* 29. reputans ex doctrina Ariſtotelis indolem ſocietatis pecuniæ & rerum, in qua ſe utrimque ſpectant ſocii, ſolum lucri & utilitatis cauſa coëuntes: ait, nullis partibus expreſſis, ſemper æquas eſſe: ſi paria contulerint ſocii. contra placito, unum duas vel tres partes habere, alium unam: magis putat, non valere pactionem, ſubſtantiæ ſocietatis manifeſte contrariam: intolerabili inæqualitate. & tamen patitur, hanc ſuſtineri; ſi tanta ſint unius merita, ut æqualitas ſocietati conveniens, aliter retineri nequeat. Aut me fallit animus meus, aut eſt hæc Ulpiani ſententia in *d. l.* 29. *pr.* at nec alia eſt in ſpecie §. 1. cujus appoſui verba: *Ita coiri ſocietatem poſſe, ut nullius partem damni alter ſentiat, lucrum vero commune ſit, Caſſius putat.* Comparatio lucri & damni indicat, vel hic induci inæqualitatem inter ſocios: at non ideo, ut alter habeat aliquod præcipuum, ſed ne alter habeat. Cedo teſtem. accipe Ulpianum, ſic pergentem: *Quod ita demum valebit, (ut & Sabinus ſcribit) ſi tanti ſit opera, quanti damnum eſt.* Qua ratione? hac optima: *Plerumque enim tanta eſt induſtria ſocii, ut plus ſocietati conferat, quam pecunia: item ſi ſolus naviget, ſi ſolus peregrinetur, pericula ſubeat ſolus.* Adduxi hæc ad certum, ipſis ſociis partes mutuo conſenſu definientibus. Quid, ſi ſocio placeat, has conſtitui arbitrio ſocii? non timuit Pomponius, vel in hoc caſu idem pronunciare in *l.* 6. *h. t.* Verba Pomponii. *Si ſocietatem mecum coïeris ea conditione, ut partes ſocietatis conſtitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda eſt.* quid inde? ſubjicit Pomponius: *Et conveniens eſt viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus ſocii ſimus.* Conſtituetne igitur ſocius partes æquales, inæquales, pro libidine? minime. quomodo igitur? ut conveniet fini ſocietatis negotiandi cauſa inſtitutæ. Pomponius rem ſequente explicat exemplo: *Veluti, ſi alter plus operæ, induſtriæ, pecuniæ, in ſocietatem contulerit.* Superiori caſui eſt & hic affinis quem Proculus tractat *l.* 76. *& ſeqq. h. t. Societatem mecum coiſti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem ſocietatis conſtitueret.* quæritur, quantum permittatur Nervæ? ait Proculus *l.* 78. ei ſequendum eſſe arbitrium viri boni: atque eo magis, quod hoc judicium eſt bonæ fidei. conſtituet igitur Nerva, ſi ei par videbitur collatio, partes æquas: nam ſic convenit officio viri boni. imo ait Proculus *l.* 80. *Illud poteſt conveniens eſſe viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus ſocii ſimus.* Quando? *veluti*, inquit, *ſi alter plus operæ, induſtriæ, gratiæ, pecuniæ, in ſocietatem collaturus erat.* Quæ ſunt ſuperioribus plane convenientia. Illud non ſilendum: quod inde porro ſic infert Paulus *l.* 79. *Unde ſi Nervæ arbitrium ita pravum eſt, ut manifeſta iniquitas ejus appareat, corrigi poteſt per judicium boni viri.* Paulus notabiliter docet, æqualitatem quam in ſocietate exegimus, non eſſe ad vivum reſecandam: ſed ita moderandam; ut, ſi æſtimatione rerum atque operarum quas hinc inde contulerint ſocii, alter modice læſus ſit; ſocietas non magis reſcindatur, quam reſcinditur emptio & venditio in qua alter circa pretium leviter ſit circumſcriptus: cum eadem ſit utriuſque ratio contractus, peræque ad lucrum ſpectantis, aliquid indulgere induſtriæ volentium, prudenter, id eſt, utiliter, contrahere: modo non ſequatur inæqualitas intolerabilis, & contraria benignitati contractus bonæ fidei: qua de agetur infra ſub Titulo, *De reſcindenda venditione.* Fac: (dabo enim exemplum atque eo aptius, quia eſt Proculi in *l.* 80.) Nerva conſtituit, *ut alter ex milleſima parte, alter ex duo milleſimis partibus ſocius eſſet.* Poſtremo nemo improbet: quod Ariſto refert apud Ulpianum *d. l.* 29. §. 2. Caſſium reſpondiſſe, ſocietatem talem coiri non poſſe, ut alter tantum lucrum, alter tantum damnum, ſentiret: & hanc ſocietatem leoninam appellare ſolitum, ut videtur, a fabula Æſopia, apud Phædrum *lib.* 1. *fab.* 6. Et Caſſio accedit Ulpianus: Et nos, inquiens, conſentimus, talem ſocietatem nullam eſſe, ut alter lucrum ſentiret, alter vero nullum lucrum, ſed damnum, non etiam lucrum ſentiret.

Finiam hanc partem, ſubjecto hoc ex Paulo *l.* 30. *h. t.* *Mutius lib.* 14. *ſcribit non poſſe ſocietatem coiri, ut aliam damni, aliam*

lucri partem ſocius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec poſſe ſocietatem ita contrahi: neque enim lucrum intelligitur, niſi omni damno deducto; neque damnum, niſi omni lucro deducto. Sed poteſt coiri ſocietas ita, ut ejus lucri quod reliquum in ſocietate ſit, omni damno deducto, pars alia feratur: & ejus damni quod ſimiliter relinquatur, pars alia capiatur.

Oſtendi, quid Prætor ſocietatis nomine deſignet. Sequens labor erit, quo modo perficiatur. ait Prætor, *Si ſocietas coita eſſe dicetur.* videtur autem coita ſtatim, ac de ea eſt conſenſum: quamdiu vero non eſt conſenſum, nec coita eſſe intelligitur. ita quærentibus, inter quos ſit coita: ſola quæſtio eſt, an inter eos ſit conſenſum. Inde Ulpianus *l.* 19. *h. t. Qui*, inquit, *admittitur ſocius, ei tantum ſocius eſt, qui admiſit:* id eſt, qui in ejus ſocietatem conſenſit. adeo cujus ſocius eſſe recuſo, is non eſt ſocius meus. plus dicam, in quem non conſenſi, nec hunc eſſe ſocium meum: quia, ut dictum, ſocietas eſt voluntarium conſortium *l.* 52. §. 8. *h. t.* quod ſine conſenſu non coitur. Igitur ſi quem ſocium admiſit ſocius meus, is quidem ejus ſocius fit ejus conſenſu: at non idcirco eſt meus ſocius, ſi in ipſum non conſenſi ego. & bene Paulus *l.* 20. *Socii mei ſocius, meus ſocius non eſt.* Sed apparet, cum quo erit pro ſocio actio, cum eo coitam eſſe ſocietatem oportere. Unum notandum; quod Prætor, cum ſic edicit, *Si ſocietas coita eſſe dicetur:* nullum definit coëundi modum aut formam: certo indicio, ei ſufficere, eſſe coitam, id eſt, de ea eſſe conſenſum quocumque modo: ſicut in cæteris obligationibus conſenſu conſtantibus jure gentium *l.* 2. *D. de oblig. & act.* ab eaque cauſa Modeſtinus *l.* 4. *h. t. Societatem*, inquit, *coire & re, & verbis, & per nuncium, poſſe nos, dubium non eſt.* Modeſtinus indigitat, conſenſum quo coitur ſocietas, quocumque modo perfici jure gentium ſine ulla ſolemnitate juris civilis: ideoque tam inter abſentes, quam inter præſentes: inter illos per nuncium, etiam per epiſtolam: inter hos palam vel tacite. palam verbis: tacite, cum ex facto conſenſus præſumitur: id eſt, (ut Paulus exprimit *l.* 95. *D. de adq. hered.*) non tantum verbis, ſed etiam re & quovis indicio voluntatis. Ab eadem cauſa ſic extat apud Paulum *l.* 1. *h. t. Societas coiri poteſt vel in perpetuum, id eſt, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel ſub conditione.* Paulus ait, *in perpetuum*, & interpretatur, *dum vivunt*; ut in *l.* 4. *D. de procuratorib.* Addidit forte pro ratione, quod *nulla ſocietatis in æternum coitio eſt:* ut extat in *l.* 70. *h. t.* ſed ſic emendanda erit ejus Inſcriptio: pro *lib.* 33. *Ad Edictum* poſito *lib.* 32. ut habet Inſcriptio *d. l.* t. In hac vero, quod addendum, ait Paulus, ſocietatem etiam coiri ſub conditione: etſi multis aliter videretur. ſed dubitationem ſuſtulit Juſtinianus *l. pen. C. h. t.* præfatus, contrahentium voluntates omnimodo obſervandas eſſe. Dixi, quomodo coëatur ſocietas.

Dicam, quo modo ſolvatur. Et quidem Modeſtinus *l.* 4. §. 1. *h. t. Diſſociamur*, inquit, *renunciatione, morte, capitis minutione, & egeſtate.* Ulpianus *l.* 63. §. 10. ſic ſcribit. *Societas ſolvitur ex perſonis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque ſive homines, ſive res, ſive voluntas, ſive actio interierit, diſtrahi videtur ſocietas.* Prima Ulpiani diſputatio eſt de morte. ait autem, homines interire tam maxima & media capitis deminutione, quam morte: id eſt, morte non minus civili, quam naturali. ſolvitur autem ſocietas morte ſocii, etiam unius: etſi conſenſu omnium coita ſit, plures vero ſuperſint *l.* 65. §. 9. *D. h. t.* ſcilicet, quia qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit. ſic Juſtinianus §. 5. *Inſt. h. t.* ſignificans: quod ſocietas ſæpe a pluribus contrahitur contemplatione unius, aut induſtria, aut gratia, aut pecunia, valentis: uſque adeo, ut ſi ille initio non fuiſſet, a cæteris contracta non fuiſſet ſocietas. illo igitur extincto, recte finitur. niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit. tum enim inter cæteros quidem perſeverat: at heres ſocii, nec ſi hoc convenerit, in ſocietatem ſuccedit ipſo jure. id opinor, vult Ulpianus *l.* 35. *h. t. Nemo*, inquiens, *poteſt ſocietatem heredi ſuo ſic parere, ut ipſe heres ſocius ſit.* Sic Ulpianus, & ante Pomponius *l.* 59. *d. t.* his verbis, *Adeo morte ſocii ſolvitur ſocietas, ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut heres etiam ſuccedat ſocietati.* Videlicet, nè æterna ſit ſocietas: quam noluerunt Veteres *d. l.* 70. Plane, ſi heredes inierint animum ſocietatis in ea hereditate novo conſenſu; ait Pomponius, quod poſtea geſſerint, effici, ut in pro ſocio actionem deducatur *l.* 37. nova contracta ſocietate. Non minus placet Pomponio *l.* 40. heredem ſocii, quamvis ſocius non eſt, explicare ea quæ per defunctum inchoata ſunt, in iiſque dolum ejus admitti poſſe. Paulus *d. l.* 65. §. 9. ſic effert: Nec heres ſocii ſuccedit: ſed quod ex re communi poſtea quæſitum eſt; item dolus & culpa in eo quod ex antegeſto pendet, tam ab herede, quam heredi, præſtandum eſt. Idem Paulus in *l.* 65. §. 2. *h. t.* ſic exprimit: *Si in rem* certam *emendam conducendamve coita ſit ſocietas*, tunc etiam poſt alicujus mortem *quidquid lucri detrimentive factum ſit, commune eſſe, Labeo ait.* In eumque ſenſum etiam Ulpianus in *l.* 63. §. 8. *d. t.* verba Ulpiani: *In heredem quoque ſocii pro ſocio actio competit, quamvis heres ſocius non ſit: licet enim ſocius non ſit: attamen emolumenti ſucceſſor eſt.* Hæc in privatis ſocietatibus. de vectigalium autem ſocietate diſputat Pomponius *l.* 59. *h. t.* & Ulpianus *l.* 63. §. 8. Sed de ea vide ſis Jacobum Cujacium *lib.* 10. *Obſerv. c.* 25. & Johannem a Coſta ad §. 5. *Inſt. h. t.* a Doctiſſimo illo Viro hac in parte diſſentientem: quod & factum ab Antonio

tonio Fabro, *Rationalib. ad d. l.* 59.

At ſocietas non tantum ex perſonis ſolvitur; ſed (ut audivimus ex Ulpiano *d. l.* 63. §. 10. *h. t.*) etiam ex rebus. ait vero Ulpianus, res interire; cum aut nullæ relinquntur, aut conditionem mutaverint: præfatus, ejus rei quæ jam nulla ſit, aut quæ conſecrata publicatave ſit, neminem ſocium eſſe. Exempla *l.* 58. *l.* 65. §. 1. & 12.

Præterea ait Ulpianus *d. l.* 63. §. 10. ſocietatem diſtrahi voluutate, id eſt, renunciatione, ſeu diſſenſu omnium: ſiquidem naturale eſt, quidque eo genere diſſolvere, quo eſt colligatum *l.* 35. *D. de regul. jur.* Nec refert; utrum tacitus ſit diſſenſus, an manifeſtus. nam ſi ſeparatim agere cœperint ſocii, etſi nihil palam ſit conventum de ſolvenda ſocietate; utique ipſa re diſtrahitur *d. l.* 63. §. 10. & *l.* 64. *h. t.* Sic, ſi omnes diſſentiant. Quid, ſi unus renunciet ſocietati, cæteris invitis? Aliquem moretur: quod contractus initio ſunt voluntatis, poſtea fiunt neceſſitatis *l.* 5. *C. de oblig. & act.* At ſingulare jus eſt ſocietatis: quam diximus eſſe amicitiam, ſed utilitatis cauſa comparatam. qnalem diſſoluto eo, quod hanc contraxerat, diſſolvi, certus auctor eſt Ariſtoteles *lib.* 8. *De moribus c.* 3. Igitur placuit, ſocietatem omnium conſenſu perfici; unius tolli. Seneca *Epiſt.* 65. *Cum viſum fuerit, diſtraham cum illo ſocietatem.* Hoc receptum eo juſtius; ne quis invitus compellatur manere in communione *l. ult. C. Commun. divid.* ſibi, ut putat, inutili, ac tædioſa, & propter eam nihilominus, in querelis, & litibus quas præter noſtros in *l.* 26. *D. de ſervit. præd. urb.* *l.* 77. §. 20. *D. de legat. lib.* 2. etiam notat Ariſtoteles *d. lib.* 8. *c.* 15. Qua ratione igitur ſnlent Veteres (quod ex Tacito *lib.* 2. *Annal. c.* 70. intelligitur) renunciare inutili amicitiæ: ea ratione renunciabant ſocietati quam non putabant ſibi eſſe utilem. & tamen putabant referre, utrum renunciatio talis fieret tempeſtive, & juſta ratione, an intempeſtive, & ſine ratione juſta: ut late traditum *l.* 14. 15. 16. & 17. *h. t.* ego obiter dicam, oportere eum qui ſocietati ſic renunciat, cavere: ne quid callide agat, quo ſolus habeat lucrum. nam id non patitur bona fides quam ſocium ſemper ſervare, æquum eſt. alioquin a ſe quidem liberat ſocios: ſe autem ab illis non liberat: veluti, cum omnium bonorum ſocietatem iniſſemus ſpecialiter: deinde unus, cum ei obveniſſet hereditas, ſocietati propter hoc renunciavit, ut eam ſolus haberet: dicendum, ſi quidem hereditas attulerit damnum, hoc ad eum qui renunciavit, pertinere; & nihilominus eum cogi, commodum communicare actione pro ſocio. quod ſi poſt renunciationem quid adquiſierit: non erit communicandum: quia nec dolus admiſſus eſt in eo. *d. l.* 65. §. 3. 4. 5. 6.

Poſtremo ait Ulpianus *d. l.* 63. §. 10. *h. t.* ſocietatem ſolvi actione. id autem fieri putat Paulus *l.* 65. ſi aut ſtipulatione aut judicio cauſa ſocietatis ſit mutata: addit, Proculum dicere, hoc ipſo quod judicium ideo dictatum eſt, ut ſocietas diſtrahatur, renunciatam ſocietatem: ſive totorum bonorum, ſive unius rei ſocietas coita ſit.

Expoſita indole ſocietatis, tempus eſt, cogitare de actione ad tuendam eam pertinente. Ea actio appellatur Pro ſocio: eſtque directa ab utraque parte: a neutra contraria §. 2. *Inſt. de pœn. tem. litig.* pari omnium ſociorum cauſa. inde Rubrica, *Pro ſocio*, nec additur, *vel contra.* Datur igitur ſocio adverſus ſocium. etiam heredi, & adverſus heredem. Ad quid? ad id quod ſocio, propter ſocietatem, dare facere oportet ex fide bona. venit enim in hoc judicium bona fides *l.* 52. §. 1. *h. t.* nec eſt dubium, quin eo, manente ſocietate, petantur res de quibus actum eſt, ut in commune conferantur *l.* 65. §. 15. *l.* 52. §. 8. *l.* 45. *l.* 74. *h. t.* Sed eſt huic præcipue locus, finita ſocietate, ut exæquentur lucri & damni partes: quarum cauſa coita eſt ſocietas *l.* 63. §. 5. *h. t.* Fieri hoc finita demum ſocietate, ideo dixi; quod actio pro ſocio eſt generalis, ut negotiorum geſtorum, ut tutelæ *l.* 38. *h. t.* quæ omnes demum obtinent finito officio: exigentes quippe rationem totius adminiſtrationis. Veniunt igitur in hanc actionem præcipue præſtationes perſonales. An & diviſio communium rerum? non placet Ulpiano *l.* 43. *h. t.* dicenti, quod actio pro ſocio & nominum rationem habet, & adjudicationem non admittit. Ulpianus per Nomina indigitat (quod bene obſervavit D. Vinnius *lib.* 1. *Select. quæſt. c.* 36.) perſonales præſtationes: per Adjudicationem intelligit communium rerum diviſionem, adjudicatione fieri ſolitam. Forte hoc durius tibi videtur: quia comparative Paulus *l.* 1. *D. Commun. divid. Pro ſocio*, inquit, *actio magis ad perſonales invicem præſtationes pertinet, quam ad communium rerum diviſionem.* Sed malo, eſſe hæc verba modeſte loquentis, quam ejus qui comparationem facere inſtituat. Et lubentius id dico: quia his ſimiliter utitur Ulpianus *l.* 4. *D. de juriſdict. l.* 12. §. 12. *l.* 26. §. 6. *D. Mandati. l.* 6. §. 3. *D. Si ſervit. vindic.* nec minus res talem poſtulat interpretationem. Nam agere ad communis rei diviſionem eſt, pro parte vindicare ejus dominium; & petere; ut ea ſocio, tamquam domino, pro parte adjudicetur. ad hoc prodeſt actio communi dividundo: quæ eſt mixta tam in rem, quam in perſonam §. 20. *Inſt. de act.* at actio pro ſocio non eſt mixta; tantum eſt in perſonam actio, non etiam in rem. proinde hac intendit quidem ſocius, ſocium ſibi eſſe obligatum ad præſtationem eorum, quæ bona fides ex ſocietate præſtari jubet: ſed non æque ad diviſionem rerum communium: ad quarum vindicationem non comparatur in perſonam actio.

Cæ-

Digitized by Google

Cæterum perſonales illæ præſtationes, cum ex adminiſtratione veniant, fere in tribus verſantur: in lucro, damno, & impenſis. quod ad lucrum attinet: quidquid ſocius ex rebus communibus pro varia conditione ſocietatis perceperit aut retineat, id cum ſocio eum communicare, bonæ fidei conſequens eſt. tantum excipitur ex furto aut alio maleficio quæſitum. hoc enim in ſocietatem conferri, non placet: quia delictorum turpis ac fœda communio eſt: omni jure ad juvandam, nullo ad perdendam, communem utilitatem invento: ut pluribus oſtendi *lib. 3. Probabilium c. 2.* Plane turpe lucrum, ſi ſit in medium collatum, commune erit: quod enim ex maleficio contulerit ſocius, non aliter debet recipere, quam ſi damnatus ſit. ſi igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficium admiſit: id quod contulit, aut ſolum, aut cum pœna auferet. ſolum; ſi mihi proponas, inſciente ſocio eum in ſocietatis rationem hoc contuliſſe: quod ſi ſciente, etiam pœnam ſocium adgnoſcere oportet: æquum enim eſt, ut cujus participavit lucrum, participet & damnum. nec quidquam intereſt, utrum manente ſocietate, an diſſoluta, ob furtum præſtiterit *l. 52. §. 17. l. 53. 54. 55. 56. & 57. h. t.*

Altera præſtationum perſonalium pars conſiſtit ex damno rebus communibus illato. nec fuit umquam dubium, quin dolo factum hac actione præſtetur: dolo ſemper bonæ fidei contrario *d. l. 52. §. 1.* de eo quæſitum fuit; utrum tantum dolus in hanc actionem veniat, an & culpa? erat cauſa dubitandi: quod ſocius in ſocium non incideret, ſed eum eligeret: electuſque eſſet pro parte dominus; cui licet in re ſua eſſe negligentem. ſed alia fuit ſententia Celſi lib. 7. Digeſtorum, ita ſcribentis: Socios inter ſe & culpam præſtare oportet: & hanc recte probat Ulpianus *d. l. 52. §. 2.* quia ut poſſit quis eſſe negligens in re propria, at in aliena negligens eſſe non debet: res autem communis pro parte aliena eſt. Demus igitur Celſo, a ſocio tam culpam præſtari, quam dolum. Verum quam intelligit culpam. ſcio: ſimpliciter loquutus in *d. §. 2.* ſed convenit naturæ ſocietatis ad utriuſque utilitatem ſpectantis, a ſocio tantum levem præſtari culpam, non etiam leviſſimam. ſic definitum ab Ulpiano *l. 5. §. 2. D. Commodati.* & eſt rationis: quoniam ſic ſocius, propter ſuam partem habet gerendi cauſam. præſtabit igitur diligentiam, non qualem diligentiſſimus, ſed qualem diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtat: uti de coherede traditum *l. 25. §. 16. D. Famil. erciſc.* • Ac ſecundum hæc accipio Gajum *l. 72. D.* & *§. 9. Inſt. h. t.* inde deſcriptum: ſuppoſito utroque in loco ſocio diligentiſſimo: qui electo ſocio tantum communi more diligente, habet quidem quod ſibi imputet: ſed non æque quod ſocio, ſaltem ad communem diligentiam jure ſocietatis obligato. Satis de dolo & culpa, lociſque eo ſpectantibus. niſi quis petat aliquid addi *de agri politore*; item, quid ſit, *pretium artis eſt velamentum*; quorum mentio in *d. §. 2. l. 52.* ſed prius explicitum diligentia Antonii Auguſtini *lib. 4. Emend. c. 9.* poſterius attigit Jacobus Cujacius ad *§. 2. Inſt. h. t.* De caſibus fortuitis Ulpianus *d. l. 52. §. 3.* ita loquitur: *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc eſt damna fatalia, ſocii non coguntur præſtare. ideoque ſi pecus æſtimatum datum ſit, & id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum eſt, ſi nihil dolo aut culpa acciderit, ejus qui æſtimatum pecus acceperit. quod ſi a furibus ſubreptum ſit, proprium ejus detrimentum eſt: quia cuſtodiam præſtare debuit qui æſtimatum accepit. Hæc vera ſunt, & pro ſocio erit actio: ſi modo ſocietatis contrahendæ cauſa paſcenda data ſunt, quamvis æſtimata.* In his verbis varie ſollicitatur locutio, *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc eſt, damna fatalia.* Sed non piget me Gloſſæ Accurſii; *imprudentes* interpretantis, *non potentes providere:* nec abnuit Johannes Robertus *lib. 2. Recept. lect. c. 31.* eo verbo ſignificari *futura improvidentes:* & contra qui ea proſpiciunt, *prudentes*, id eſt, *providentes*, appellari. Uſus ille auctoritate Ciceronis, ab hujuſmodi locutione non abhorrentis. At nec noſtri ab ea abſtinent: negantes, caſus fortuitos humana ſapientia provideri. ipſe Ulpianus *l. 2. §. 7. D. de adminiſtr. rer. ad civit. pertin. Fortuitos*, inquit, *caſus nullum humanum conſilium providere poteſt.* Similiter Alexander *l. 6. C. de pign. act. Quæ fortuitis caſibus accidunt, cum provideri non potuerint, (in quibus etiam aggreſſura latronum eſt) nullo bonæ fidei judicio præſtantur.* His exemplis & ſimilibus, quæ poſt hæc ſcripta vidi adducta quoque a V. Cl. Joſepho Averanio, *lib. 2. Interpr. c. 26.* liceat Ulpiano dicere, Damna fatalia imprudentibus accidere. Non minus tamen probabiliter Accurſius *imprudentes* explicat valde prudentes: etſi particula, *in*, videatur imminuere verbi ſignificationem. nam Feſtus in verbo, *Ingens*, etiam augere atteſtatur. Verba Feſti: *Ingens dicitur augendi conſuetudine: ut inclamare, invocare.* Addit: *Quia gens eſt populi magnitudo, ingentem per compoſitionem dicimus quod ſignificat valde magnum.* Similiter *increſcere* Ulpianus dixit pro valde creſcere *l. 1. §. 16. D. de aqua pluvia.* Et *immodicum lucrum* pro valde modicum, interprete Accurſio, in *l. 15. §. 6. D. Locati.* Jam Aulus Gellius, *lib. 1. Noct. Attic. c. 7. impromiſcuum* ſumit pro valde promiſcuo. Simile obſervat Torrentius ad Horatium, *Epod. XI. verſ. 19. & 33.* in verbis, *Inverecundus, incanus, invalidus.* Ipſe non animadverto, cur non idem putetur in hoc Virgilii *lib. 1. Georgic. verſ. 373.*

— — — *Numquam imprudentibus imber*
Obfuit. — — —

Sic

Sic certe explicuerunt Veteres Grammatici: etſi ab his diſcedat Servius.

Expoſito ſeparatim lucro & damno, ſubjicienda adhuc erit communis utriuſque quæſtio; an ſocius, ſi in pleriſque auxit ſocietatem, in aliis minuit, a ſocio liberetur compenſatione negligentiæ diligentiæque? extat ea quæſtio in *l. 25. & 26. h. t.* ipſa non indigna tractari. Ecce: unus ex ſociis adminiſtrans res communes, in quibuſdam profuit ſocietati; in aliis nocuit. ſi agitur recto jure; tenetur ſocio ad præſtationem lucri; nec minus ad reparationem damni. quæritur; an compenſato damno cum utilitate, ſocius ſocio de altero ſaltem teneatur, quantum altero deducto ſupereſt? Fuere qui compenſationem æquitate commendarent. Sed non placuit Veteribus, illam admittere: quia compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio *l. 1. D. de compenſat.* eaque ut fiat, eſſe debet debitum & creditum ab utraque parte: ut in ſpecie *l. 10. D. d. t.* in qua ab ambobus ſociis pari negligentia ſocietati adhibita, alter deſinit alteri eſſe obligatus: quaſi mutuo debito efficiatur, ut utrumque pro ſoluto ab utraque parte habeatur. ſed hoc in propoſito non eſt: ubi alter quidem alteri debet ex duabus cauſis, id eſt, ex lucro & damno: ſed alter ei nihil debet viciſſim iis vel ſimilibus ex cauſis. ideoque eſt quidem ſocius ſocio obligatus ad præſtationem ejus quod ſocietati adquiſivit, itemque ad præſtationem ejus quo nocuit: ſed hanc non debet facere de pecunia ſocii, vel ſocio debita: quod eſſet futurum, ſi damnum a ſocio ejus negligentia in quibuſdam illatum, compenſaretur cum compendio in aliis ſocietati ejus diligentia atque induſtria præſtito.

Poſtrema ſpecies perſonalium præſtationum continet impenſas, in ſocietatem ea durante factas. & exempla in *l. 52. §. 10. 12. 13. & 15 D. h. t.* Poſt finitam ſocietatem factæ, hoc judicio non petuntur, re jam non pro ſocio communirerve geſta. petentur tamen communi dividundo judicio: quia & diſtracta ſocietate, ſupereſt diviſio rerum communium *l. 65. §. 13. D. h. t.* imo nec durante ſocietate a ſocio factæ impenſæ, niſi propter ſocietatem factæ, ad ſocietatem pertinent. exempla pete ex *d. l. 52. §. ult. & §. 4.*

Etiamne dicam, quod pro ſocio actio adverſus ſocium non datur in ſolidum; ſed ſaltem hactenus, quatenus facere poteſt, hoc eſt, ne egeat? Dicam; atque eo magis: quia id ſpeciale eſſe in actione pro ſocio, & quibuſdam aliis, ne ignorari quidem, ſinit Juſtinianus *§. 35. & ſeqq. Inſt. de actionib.* promitti autem a Prætore, cauſa cognita, docuit me Pomponius *l. 22. §. 1. D. de re judicata.* Edicti verba ſic confingo: *Si ſolvendo non ſit ſocius, in quantum facere poteſt, cauſa cognita judicium dabo.* Hoc Prætor edixit ſumma ratione. ſcilicet, quod ſocietas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet. Omnibus ſic ſedit in ſocietate univerſorum bonorum. Sabino etiam in unius rei ſocietate: & Sabinum ſequutus Ulpianus *l. 63. D. h. t.* eum movit; quod æque in hac atque in illa ſocietate eſt jus fraternitatis. Atqui Ulpianus in *l. 16. D. de re judic.* ſic ſcribit: *Sunt qui in id quod facere poſſunt, conveniuntur, id eſt, non deducto ære alieno. & quidem ſunt hi fere: qui pro ſocio conveniuntur. ſocium autem omnium bonorum accipiendum eſt. item parens.* Quid dicimus? hæc videri contraria: nec tamen eſſe veriſimile, Ulpianum qui lib. 31. Ad Edictum ex quo eſt *d. l. 63.* adeo laudavit Sabini ſententiam, ut & ratione confirmaret, eam in lib. 63. Ad Edictum, unde deſumpta eſt *d. l. 16.* retractaſſe non reddita cauſa. Interim, quo pacto ſibi conciliandus ſit Ulpianus, hoc opus, hic labor eſt. ſunt enim complures conjecturæ: ſed quam probem, vix ſcio. Sane non placebit tibi Albericus Gentilis *lib. 4. Lect. & Epiſt. c. 1.* Ulpianum ſic accipiens, quaſi dicat, ſocium qui non ſit univerſorum bonorum, ſed unius rei, in id quod facere poteſt, condemnari, ubi eſt conventus judicio ſocietatis. Mihi vero non magis placet Marquardus Freherus *lib. 1. Parerg. c. 5.* arbitratus, ſolum reſtare; ut in *d. l. 16.* reponamus; *Socium etiam non omnium bonorum accipiendum eſt.* etſi non improbet hoc Elbertus Leoninus *lib. 6. Emend. c. 14.* & tamen ipſe mavult, totam illam clauſulam, *Socium autem omnium bonorum accipiendum eſt*, expungi pro Gloſſemate; id prodente, ut putat, locutione dura atque inſuavi, *Socium accipiendum eſt.* Sed ab ea non abſtinuiſſe Veteres, pluribus exemplis oſtendi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c. 25. pag. 554. col. 1.* Quid, ſi evitetur Ulpiani pugna verbo, *maxime*, in *d. l. 16.* ſubaudito? hoc viſum Accurſio: nec mihi ſordet. erit vero tum ſenſus: Socium autem in Edicto maxime intelligimus eum qui ſit omnium bonorum. nam in eo omnes conſentiunt. & tamen ſi ſit unius rei ſocius, nec hunc excludimus: obtinente ſic Sabino. Ac forte hic poſſit res non male ad hunc accipi modum: Sicut procurator in Edicto de procuratoribus proprie eſt procurator omnium bonorum, & tamen etiam producitur ad unius rei procuratorem *l. 1. §. 1. D. de procuratoribus*: ita in hoc Edicto ſocius proprie dicitur ſocius omnium bonorum: & tamen obtinuit auctoritate Sabini, ut Edictum etiam porrigatur ad unius rei ſocium. Ut ut erit: non vult Prætor, ſocium ultra, quam facere poſſit, condemnari: cauſa tamen cognita. cauſæ autem cognitionem in hoc fore, Ulpianus ait; ſi neget, ſe ſocium eſſe, aut quid dolo malo admiſerit. nam ſi hoc ſit, eum quod egerit dolo, quo minus poſſit, facere poſſe *d. l. 63. pr. & §. 7. h. t.* ac præfatur Ulpianus, non eſſe æquum, dolum ſuum quemque relevare. Quid, ſi ad-

dam, non eſſo cauſam, cur neganti, ſe ſocium eſſe, tamquam ſocio ſuccurratur. Sed utrumque in cauſæ cognitione verti, Pomponius refert *l.* 22. §. 1. *D. de re judic.* Nec hoc neſciri par eſt, id quod facere ſocius poteſt, quemadmodum ſit accipiendum? & placuit Ulpiano, non oportere deduci æs alienum quod a ſocio debetur: niſi forte ex ipſa ſocietate debeatur *d. l.* 63. §. 3. Fuit & illa Veterum deliberatio: utrum hoc beneficium tam fidejuſſori præſtari debeat, quam ſocio: an vero perſonale beneficium ſit? quod magis eſſe, Ulpianus arbitratur. ut tamen fidejuſſor, ſi judicium ſuſceperit, quaſi defenſor ſocii, ſibi proſit: idque Julianum confirmare lib. 14. Digeſtorum: nam ſcribere, defenſorem ſocii in id quod ſocius facere poteſt, condemnari oportere.

Sit hic nunc finis exponendi Tituli *Pro ſocio:* ſi addidero, quod ſub eo extat Ulpiani locus admodum notabilis, nec minus obſcurus, in *l.* 69. is certe fruſtra exercuit multos Viros Doctos. ſed tu conſule V. CL. Johannem a Coſta ad *pr. Inſt. h. t.* & in primis *Recitationem ejus ſolemnem* ad *d. l.* 69 Hæc ſubjecta eſt ad calcem *Commentarii ad Inſtitutiones*. Unus is diligentiæ tuæ ſufficier hinterpres: nec deſiderabis alios præterea. id a me dici, meretur Viri Eruditi præclara obſervatio.

LIBER DECIMUSOCTAVUS.

TITULUS I.

De contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis, & quæ res venire non poſſunt.

Ex ordine hic deinceps me occupabit emptio & venditio, tertia ſpecies contractuum conſenſu conſtantium: nam mandatum & ſocietatem ſuperior liber expoſuit. De emptione vero & venditione hodie nullum extat Edictum; ſed non improbabile eſt, fuiſſe tale: *Quod emptum & venditum eſſe dicetur, de eo judicium dabo.* Ratio Edicti fuit optima: ſicut emptio & venditio eſt contractus juvandis rebus humanis, ſi quis alius, opportunus. primum quis ignorat, (quod obſervatum a Virgilio *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 52. *& ſeqq.*) non omnem terram ferre omnia: quin contra, hanc regionem alia, illam alia recuſare? deinde quis habet omnia ſibi paſſim neceſſaria, quamvis domi nata? quid, ſi ſæpe evenit, ut cui pecunia ſuppetit, is careat re quam optet: & vice verſa, qui rebus abundet, pecunia deſtituatur? Eſt igitur ſumma utilitas emptionis & venditionis, permutatione mercis cum pecunia communi omnium indigentiæ jure gentium optime ſuccurrentis. Ejus explicationem quam uſus frequens & quotidianus late porrexit, Juris Architecti per plures ſparſere Titulos, omnes, ut res meretur, diligenter extricandos. primus conſtat tribus partibus: una eſt de contrahenda emptione: altera de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis: tertia enarrat res quæ venire non poſſunt. prima ſpatia oſtendent, quid ſit emptio & venditio.

Eſt autem contractus juris gentium bonæ fidei conſenſu initus; quo agitur, ut merx cum pretio permutetur. Primum puta, emptionem venditionem eſſe contractum: quia conſtat mutuo emptoris & venditoris conſenſu, ſuapte vi idoneo ad producendam Jure Civili obligationem & actionem. indicio Titulus, *De actionibus empti & venditi*, libro ſequente. Eſt igitur contractus: ſed juris gentium. id dixi, auctore Paulo *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Eo vero ſignificatur; quod emptio venditio, licet actionem, id eſt, vim accepit a Jure Civili; ab eo non habet formam novam. quin eſt relicta in ſimplicitate naturali, & nullam deſiderat ſolemnitatem juri gentium incognitam. tum inter peregrinos æque contrahitur, atque inter cives Romanos *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Eſt igitur contractus juris gentium. Nec fruſtra addidi, eſſe bonæ fidei: quia eſt ab utroque latere obligatorius: quales contractus eſſe bonæ fidei, omnibus notum eſt.

Cætera definitionis verba indicant, emptionem venditionem perfici emptoris & venditoris conſenſu de permutanda merce & pretio; eoque ejus ſubſtantiam conſiſtere ex his tribus: conſenſu, pretio, & merce. primum attingam conſenſum cum emptoris, tum venditoris. Hunc intellige nudum: ſtatim enim ac dictum, emptionem eſſe contractum juris gentium, conſequens fuit, conſenſum qualem qualem ſufficere. Paulum audi *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* *Eſt*, inquit, *emptio juris gentium, & ideo conſenſu peragitur.* Paulus cum ſimpliciter dicit conſenſum, qualemcumque deſignat: quia non alium deſiderat jus gentium. Ea ratione negat, referre, utrum inter abſentes conſentiatur per nuncium, vel literas: an inter præſentes verbis; id eſt, quibuſcumque verbis. Gajus *l.* 2. §. 1. *&* 2. *D. de oblig. & act.* ait, neque præſentia omni-

nimodo opus eſſe, neque ſcripturæ, neque verborum ulla proprietate: id eſt, ulla propria formula: ſcriptura & verbis in emptione tantum ad conſenſus probationem ſpectantibus *l.* 4. *D. de fid. inſtrum.* Aliter atque in contractibus juris civilis: ut eſt ſtipulatio & contractus nominum; in quibus formæ ſolemnitas eſt. nam ſtipulatio & ſolemnia verba & præſentiam deſiderat; in nominibus autem præter certa verba, ſcriptura neceſſaria fuit. illud notum omnibus: hoc Theophilus tradit *ad Tit. Inſt. De lit. oblig.* Ut ad emptionem redeam, ait Juſtinianus, in ea nec dari quidquam, neceſſe eſſe; ſed ſatis eſſe, eos qui negotia gerunt, conſentire *tit. Inſt. De oblig. ex conſenſ.* etſi in contractibus qui re contrahuntur, (nam huc reſpicit) contra obſervetur. Hoc vero in tantum probat Juſtinianus *pr. Inſt. h. t.* ut ne arrham quidem deſideret: præfatus, quod arrhæ nomine datur, eſſe argumentum emptionis & venditionis contractæ. Gajus *l.* 35. *D h. t.* ſic exprimit: *Quod ſæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quaſi ſine arrha conventio nihil proficiat, ſed ut evidentius probari poſſit, convenisſe de pretio.* Hæc: niſi contrahentibus in ingreſſu negotii placuit, emptionem redigi in ſcripturam: nam tum vetat Juſtinianus, obligationem ante naſci, quam completum fuerit inſtrumentum: datque interim pœnitentiæ locum *l.* 17. *C. de fid. inſtr.* non quod ea ſit vis ſcripturæ, ſolum ad probationem comparatæ; ſed quod ſedebat contrahentibus, exitum negotii rejicere ad tempus quo ſcriptura compleatur. At hoc ſic conſideratum, non eſt jus novum Imp. Juſtiniani: nam jam olim obtinuit, pactum, ne actio ſit ante certum tempus, (ut in propoſito, ne ſit, niſi perfecta omni modo ſcriptura) ſervari cum in bonæ fidei, tum in ſtricti juris, contractibus: ut demonſtravi *lib. ſing. Ad Edictum, De pactis & tranſactionibus, cap.* XI. & XII. Fuit hoc monendum; ne quem fallant ſequentia Juſtiniani verba in *d. l.* 17. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum quas intimari* [*non*] *eſt neceſſarium, dationis etiam arrharum, vel alterius cujuſcunque cauſæ,* [*quas tamen*] *in ſcriptis fieri placuit: tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi convenit, non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mundo recepta, ſubſcriptionibusque partium confirmata; & ſi per tabellionem conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo a partibus abſoluta ſint: ut nulli liceat priuſquam hæc ita præceſſerint, vel a ſcheda conſcripta (licet literas unius partis vel ambarum habeat) vel ab ipſo mundo, quod necdum eſt impletum vel abſolutum, aliquod jus ſibi ex eodem contractu vel tranſactione vindicare: adeo ut nec illud in hujuſmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris intereſt, ei perſolvere. Quæ tam in poſtea conficiendis inſtrumentis; quam in his quæ jam ſcripta, nondum autem abſoluta ſunt, locum habere præcipimus.* Huc uſque nihil novi: ſed quod de arrhis deinde ſequitur, Veteribus inauditum fuit. Verba Juſtiniani: *Illud etiam adjicientes, ut in poſterum ſi quæ arrhæ ſuper facienda emptione cujuſcunque rei datæ ſunt, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis: licet non ſit ſpecialiter adjectum quid ſuper iiſdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus eſt, ab emptione recedens, datis a ſe arrhis cadat, repetitione earum denegata.* Juſtinianus hac in parte loquitur de arrhis datis, nondum perfecta emptione in ſcriptis aut ſine ſcriptis. quod autem in arrhis obſervari jubet, plane novum eſt: nam arrha olim plerumque erat pars pretii, & fere inſtar pignoris habebatur; donec integra fieret pretii ſolutio. hac facta, poterat arrha ab emptore repeti vel actione ex empto, vel condictione *l.* 11. §. 5. *D. de act. empt.* Sic: ſi fidem ſervaret emptor. quid, ſi eum pœniteret emptionis? jam fallebat quidem fidem: ſed arrham idcirco non perdebat; niſi eſſet hoc venditor pactus *l. ult. D. de leg. commiſſ.* tantum poterat emptor actione ex vendito ad pretii ſolutionem conveniri: eaque facta, ei licebat arrham repetere actione ex empto vel condictione ſine cauſa. e contrario quoque non tenebatur venditor, ob non ſervatam fidem, arrham duplam reſtituere; tantum poterat ab emptore actione ex empto ad id quod intereſt conveniri; eoque præſtito arrham datam recipere. Hæc obtinebant perfecta emptione. at Juſtinianus loquitur de imperfecta; in eaque jubet jam, emptorem ab emptione recedentem, arrham amittere, denegata ei repetitione: venditorem vero cogi, duplum reddere; etſi de hoc nihil pactum conventum ſit. præterea emptori ad hoc dat actionem: quam non nominat. ita veriſimile eſt, dare condictionem ex lege. actio certe ex empto non eſt: non perfecta adhuc emptione.

Satis de conſenſu. venio ad pretium. eſt hoc (ut Varro *lib.* 5. *De ling. Latin. p.* 29. ait) *quod æſtimationis emptioniſve cauſa conſtituitur: dictum a periteis, quod hi ſolum poſſunt facere recte id.* Varro indicat, pretium eſſe quo res vendenda æſtimatur; idque in emptione eſſe neceſſarium. nimirum, quia non eſt venditori negotium, mercem abjicere, ſed eam mutare pretio quo indiget: juvandus ſic æquitate juris gentium. Nec alio it Juſtinianus §. 1. *Inſt. h. t. Pretium,* inquiens, *conſtitui oportet.* & ſic præfatur: *Nam nulla emptio ſine pretio eſſe poteſt.* Eodem ſenſu Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. h. t.* ſcribunt: *Empti fides ac venditi ſine quantitate nulla eſt.* Ajunt, ſine quantitate, pro ſine pretio, quod quantitate cenſetur. Hac ratione venditio in qua non eſt pretium, dicitur tituli falſi figmen-

mentum *l. 7. C. h. t.* Paulo *l. 55. D. eod.* nuda & imaginaria venditio: additque Paulus, pro non facta eſſe, & ideo nec alienationem ejus rei intelligi. Modeſtinus *l. 54. D. de oblig. & act.* ſic exprimit: *Contractus imaginarii etiam in venditionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti ſimulatur, non intercedente veritate.* Putemus igitur, pretii conventionem pertinere ad perfectionem formæ emptionis: & hoc a Papiniano ſignificari; cum ait, *Emptionis ſubſtantiam etiam ex pretio conſiſtere l. 72. D. h. t.* Cæterum, etſi pretium debeat conſtitui; non idcirco numeratum eſſe oportet. Clare Ulpianus *l. 2. §. 1. d. t. Sine pretio nulla venditio eſt. non autem pretii numeratio, ſed conventio perficit ſine ſcriptis habitam emptionem.* Nec male idem Ulpianus *l. 16. D. de reg. jur.* quæ eſt ex lib. 21. Ad Sabinum. *Imaginaria venditio non eſt pretio accedente:* id eſt, ſi de pretio ſit conventum, non eſt imaginaria emptio, etſi pretium nondum ſit ſolutum. ſpeciem licet conficere ex *l. 39. §. 2. D. de legatis lib. 1.* quæ eſt ex eodem lib. 21. Ad Sabinum. Ulpiano convenienter Diocletianus & Maximianus *l. 9. C. h. t. Placito pretio, non numerato, ſed ſolum tradita poſſeſſione, iſtiuſmodi contractus non habetur irritus: nec idcirco is qui comparavit, minus recte poſſidet, quod ſoluta ſumma quam dari convenerat, negatur.* Hoc: ſi pretium in venditione ſit conſtitutum; nec additum, ne exigatur. quid ſi poſuerit quis aliquod, donationis cauſa non exacturus? ait Ulpianus *l. 36. D. h. t.* non videri vendere. plane ſi minoris vendat donationis cauſa, quia utique pretium eſt, etſi non verum, & domino licet rem ſuam pluris aut minoris æſtimare: putat Ulpianus *l. 38. h. t.* valere venditionem: & addit, toties in totum venditionem non valere, quoties univerſa venditio donationis cauſa facta eſt: non ſi res donationis cauſa viliore pretio diſtrahatur. Hoc inter cæteros. inter virum vero & uxorem, inter quos prohibita eſt donatio, venditio donationis cauſa pretio viliore facta, nullius momenti eſt. Similis obſervatio eſt, ſi quis fundum jure hereditario ſibi delatum, ita vendidiſſet: *Erit tibi emptus tanti, quanti a teſtatore emptus eſt:* & mox non emptus, ſed teſtatori donatus, reperiatur. placet enim, & hic venditionem videri quaſi ſine pretio factam; ideoque ſimilem eſſe venditioni ſub conditione factæ: quæ nulla eſt, ſi conditio defecerit *l. 37. h. t.* Ut igitur emptio & venditio ſit, oportet pretium eſſe conſtitutum: alioquin imaginaria emptio, ſive ſimulatus contractus appellatur; eoque nullius momenti eſt: niſi fuerit donandi animus. quo caſu donatio erit; cum emptio non ſit *l. 3. & l. 9. C. h. t.* In primis vero id eſt, venditione nummo uno facta. nam & ſic creditur magis pretii color, quam pretium, interveniſſe. utique Ulpianus in locatione nummum unum vero pretio opponit, nullamque eſſe ejuſmodi locationem putat. imo ait, ſi quis & conduxerit & rogaverit precario, uti poſſideret, ſi quidem nummo uno conduxerit, nullam eſſe dubitationem, quin ei precarium ſolum teneat *l. 10. §. ult. D. de adq. poſſeſſ.* Similiter in *l. 46. D. Locati. Si quis,* inquit, *conduxerit nummo uno, conductio nulla eſt: quia & hoc donationis inſtar obtinet:* utique, ſi hoc actum eſt. exemplum ne deeſſet, appoſui hoc ex Valerio Maximo *lib. 5. c. 2. n. 10. M. Cornuto Prætore funus Hirtii & Panſæ juſſu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum ſuarum uſum, tum miniſterium ſuum gratuitum polliciti ſunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. perſeverantique poſtulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus ſeſtertio nummo ipſis præbentibus addiceretur.* Idem vel ſimile in veoditione nummo uno facta in hoc Vitruvii *lib. 1. De architect. c. 4. Areas diviſit, nummo ſeſtertio ſingulis municipibus mancipio dedit.* Similiter Suetonius *Julio c. 50. Super alias donationes,* inquit, *ampliſſima prædia ex auctionibus haſtæ nummo addixit.* Hoc nec Juſtinianum fugit *l. ult. C. de donationib.* ſcribentem, ſolere donatorem dicere, vendo tibi rem illam ſeſtertio nummo uno. Curioſe Brummerus *lib. ſing. Ad Leg. Cinc. c. 14. pag.* 222. ſic legit, ejectis verbis, *aſſium quatuor:* Scio; abrogat Imperator formulæ hujus ſolemnitatem: ſed interim ante obtinuiſſe ſignificat. Fuere Veteres imagine emptionis nummo uno factæ etiam alibi uſi: expleturi ſubtilitatem aliter non expediendam, ſalvis finibus juris civilis. Exemplum apud Pomponium *l. 66. D. de jur. dot.* etiam in teſtamentis, inque adoptionibus & emancipationibus. ſed abolitis a Juſtiniano ſcrupuloſitatibus, vix eſt hodie iſtis fictionibus opus. poſſunt nihilominus qui talibus delectantur, conſulere Rævardum ad *l. 16. D. de reg. jur.* Contium *lib. 2. Diſput. c. 21.* & Brummerum *d. loc.*

Oportet ergo in emptione pretium intervenire; ſed certum. hoc plus pecuniarium. Primum certum eſſe pretium oportet *§. 1. Inſt. h. t.* tale eſt, cujus quantitas aut nomine aut demonſtratione nominis vicem habente intelligitur *l. 6. D. de reb. cred.* Sic valet hujuſmodi emptio, quanti tu eum emiſti, quantum pretii in arca habeo. non enim eſt incertum pretium, tam evidente venditione. magis ignoratur, quanti emptus ſit, quam in rei veritate incertum eſt *l. 7. §. 1. D. h. t.* Idem eſt: ſi quis ita emerit, eſt mihi fundus emptus centum, & quanto pluris eum vendidero. itaque ſtatim impletur. habet enim certum pretium centum: augebitur autem pretium, ſi pluris emptor fundum vendiderit *d. l. 7. §. 2.* Contra Gajus *l. 35. §. 1. D. h. t.* vocat imperfectum negotium: cum venditor emere volenti ſic dicit, Habebis emptum, quanti velis, quantum æquum putaveris,

ris, quanti æſtimaveris, (id eſt, quantum arbitratus fueris: nam omnia idem valent *l. ult. C. h. t. l.* 25. *D. Locati. l.* 11. §. 7. *D. de legat. lib.* 3. *l.* 46. *D. de fideic. libert.*) & non debet in arbitrium rei conferri, utrum ſit obſtrictus *l.* 13. *C. h. t. l.* 8. *D. de oblig. & act. l.* 108. §. 1. *D. de verb. oblig.* Sed hoc, ut meretur, plenius tractandum; cum poſſit metui, ne Gajo moleſtus ſit Ulpianus *l.* 7. *D. h. t.* Sit igitur quæſtio; an ſuſtineatur emptio, collata pretii definitione in arbitrium alterius contrahentium: puta, emptoris aut venditoris. quæſtio vertitur, quid ſit actum: quia poteſt dubitari, quid indigitet arbitrium. eſt enim ambiguum verbum: aliquando meram voluntatem ſignificans, aliquando arbitrium boni viri: ut obſervatum a Proculo *l.* 76. *D. Pro ſocio.* Cum igitur quæritur, an valeat emptio, collata pretii æſtimatione in arbitrium unius contrahentium: multum refert, quid arbitrii appellatione deſignetur: quia refert, utrum ſic certum fiat pretium, an maneat incertum. Mihi videntur contrahentes magis viri boni arbitrium, quam meram ejus voluntatem reſpexiſſe: ideoque noo eſſe cauſam, cur valere non debeat emptio: certo pretio, ejus definitione ſic in alterum contrahentium collata. Nec eſt, quod quis objiciat, non debere in arbitrium debitoris cooferri, utrum ſit obſtrictus. Nam in propoſito id oon eſt: non electo mero emptoris arbitrio, ſed arbitrio boni viri, id eſt, quodammodo ipſius æquitatis, cujus vice quaſi fungatur emptor. Sic ſane definit Ulpianus in *l.* 22. §. 1. *D. de reg. jur.* conjungenda cum *d. l.* 7. *h. t.* quando utraque eſt ex Ulpiani libro 28. Ad Sabinum, & eamdem tractat ſpeciem. Proinde ſi arbitretur emptor, ſed inique: poteſt iniquitas corrigi boni viri arbitrio, ut in loco demonſtrabitur ex *l.* 76. & *ſeqq. D. Pro ſocio.* quod ſi oon arbitretur emptor, cum poteſt commode: debet perinde haberi, ac ſi arbitratus fuiſſet: certa Juris regula, Quoties per eum, cujus intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet *l.* 161. *D. de reg. jur.* Hoc fundamento nititur tenor *l.* 3. *C. de promiſſ. dot.* & *l.* 30. *D. de oper. libert.* nec minus diſputatio *l.* 7. *D. h. t.* cujus ſenſum quærimus. Ibi proponitur ſervi venditio facta hàc conditione, *Si rationes domini computaſſet arbitrio:* & quæritur, an valeat? putat Ulpianus. qua ratione? ait, Quod hæc venditio conditionalis eſt. venditiones autem conditionales tunc perficiuntur; cum impleta fuerit conditio. porro non unius generis ſunt omnes conditiones. quædam ſunt neceſſario extituræ: aliæ ſunt incerti eventus. hæ ſunt veræ conditiones: illæ non ſunt *l.* 9. §. 1. *D. de novat. l.* 18. *D. de condict. indeb.* Quæritur igitur, qualis habenda ſit conditio, *Si rationes domini computaſſet arbitrio?* ait Ulpianus, quæſtionem huc exire, quid ſignificet arbitrium: utrum meram voluntatem, an arbitrium boni viri: hoc finitum & certum: illud incertum atque infinitum. Sed quid eſt? Ulpianus, Hæc, inquit, venditioois conditio (Si rationes domini computaſſet arbitrio) non ſic accepta eſt a Veteribus; quaſi ſit, Si ipſe dominus rationes putaſſet ſuo arbitrio: nam ſic nulla eſſet venditio: quippe pendens a mera ejus voluntate; cum non debeat in arbitrium rei conferri, an ſit obſtrictus. placuit itaque Veteribus, id magis videri collatum in viri boni arbitrium, (quod eſt certum, nec moratur obligationem *l.* 1. §. 1. *D. de legat. lib.* 2.) quam in arbitrium domini, quod eſt incertum. Igitur (ſic concludit Ulpianus) ſi rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem, ſe non accepiſſe: impleta conditio emptionis eſt, & ex empto venditor conveniri poteſt. At enim Gajus *l.* 35. §. 1. *D. h. t. Illud*, inquit, *conſtat, imperfectum eſſe negotium; cum emere volenti ſic venditor dicit*, Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æſtimaveris, *habebis emptum.* Niſi a Gajo ibi adjicitur, ita jus eſſe: cum venditor hoc dicit emere volenti: & is oblatam conditionem in continenti non acceptat; ſed eam in medio relinquit. tum enim volens rem deinde ex intervallo æſtimare, quanti æquum putaverit; nihil agit, invito venditore, quem jam pœniteat oblatæ conditionis: quia in continenti non accepta oblatione conditionis, non fuit conſenſum; &, ut Gajus ait, imperfectum eſt negotium.

Dixi, quid juris ſit, pretii definitione alteri contrahentium ab altero commiſſa. Sequitur, quid obtineat, conceſſa tertio. puto autem, refert: utrum permiſſa ſit viro bono in genere, an certæ perſonæ, puta, Lucio Titio. nam ſi generaliter ſit delata viro bono, noo monſtrata perſona certa; non placet, contrahi emptionem, aut conductionem; veluti, ſi dictum ſit, Fundus tibi emptus, locatuſve eſt, quanti alii æſtimabunt, aut quanti vir bonus æquum putaverit, non facta relatione ad certam perſonam. Sic Gajus aut potius Tribonianus in *l.* 25. *D. Locati.* quæ videtur eſſe deſcripta ex *l. ult. C. h. t.* licet aliud ſedeat Hotmano *lib.* 5. *Obſerv. c.* 21. Sed res apparet ex *d. l. ult.* Utcumque erit: Gajo ſcrupulum injicit hoc Marciani *l.* 16. §. *ult. D. de pignoribus: Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, jure emptoris poſſideat rem, juſto pretio tunc æſtimandam: hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio: & ita Divus Severus & Antoninus reſcripſerunt.* Verum animadverſum jam olim eſt ab Accurſio, in pignore jus ſpeciale placuiſſe favore debitorum: quo facilius reperiant creditores mutuam pecuniam daturos. quamquam etiam poſſit conventio de vendendo ju-

ſto pretio poſtea æſtimando, in pignore ideo ſubſiſtere: quia ea inhæret principali conventioni per ſe validæ: nec eſt abſurdum, ea valente, valere acceſſoriam, quæ ſi ſola eſſet, non valeret.

Sic: ſi pretium generaliter committatur alieno arbitrio. Quid, ſi convenerit, ut a certa perſona, verbi gratia, Lucio Titio, definiatur? Hæc quæſtio ut ex ſolido intelligatur, ſcindenda, meo judicio, eſt in partes duas. una eſt, an conditio, Titio non arbitrante deficiat. altera eſt, utrum eo arbitrante, æſtimationi debeatur fides; an contra ejus iniquitas, ſi quæ ſit, poſſit emendari arbitrio boni viri? Non abs re fuerit, utramque excuſſiſſe. quod ad priorem attinet: ea pendet a poteſtate verbi, *arbitrium*, quo duo notari, ſupra monui: primum, merum Titii arbitrium: deinde arbitrium Titii, tamquam viri boni. illud cohæret perſonæ Titii, & habet conditionem: hoc ſemper certum eſt, eoque puram continet obligationem: eo quod æquitas naturaliter eſt certa, atque una omnibus; licet ab hoc aut illo ignoretur *l.* 1. §. 2. *D. de legat. lib.* 2. pura, inquam, eſt, ut ut extrinſecus præferat figuram conditionis: exemplo ſtipulationis factæ ſub conditione omnimodo extitura: de qua dictum in ſuperioribus. Igitur refert ſciri, utram ſignificationem in præſentia accipiamus. Et quidem de teſtamentis ita ſcribit Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *D. de legat. lib.* 2. *Sed cum ita legatum ſit, pupillo ſive pupillæ*, Arbitrio tutorum, *neque conditio ineſt legato, neque mora: cum placeat*, in teſtamentis *legatum in alterius arbitrium collatum*, pro viri boni arbitrio *accipi: quæ enim mora eſt in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii.* Obſervanda ſunt Ulpiani verba: confirmantis, ſic placuiſſe in teſtamentis; &, opinor, ſpecialiter. quare ad emptionem & venditionem id transferre non auſim: cum præſertim in ſtipulationibus contrarium obtinere, idem auctor ſit Ulpianus *l.* 43. *D. de verb. oblig.* eique ſuffragetur Paulus *l.* 44. mox ſequente. Non me urit: quod ſtipulatio eſt ſtricti juris: noſtra autem diſputatio eſt de emptione venditione quæ eſt bonæ fidei. nam & in ſocietate quæ ſimiliter eſt bonæ fidei, idem cenſet Celſus *l.* 75. *D. Pro ſocio: Si*, inquiens, *coita ſit ſocietas his partibus quas Titius arbitratus fuerit: ſi Titius ante quam arbitraretur, deceſſerit, nihil agitur: nam id ipſum actum eſt, ne aliter ſocietas ſit, quam ut Titius arbitratus ſit.* Sic in ſocietate Celſus: nec aliter in emptione Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* & in locatione Gajus, a Triboniano interpolatus *l.* 25. *D. Locati.* Differentiam recognoſcis, nondum rationem: ideoque miraris, aliud recipi in teſtamentis, aliud in contractibus. nam ſi utrimque iiſdem utimur verbis: cur eſt utrimque diverſa eorum poteſtas? Ut tuæ ſuccurram hæſitationi: quæſo, ſic putes, differentiam teſtamenti & contractus in propoſito non ex verbis, ſed ex ſententia verbis utentium, explicari oportere. nec eſt id difficile demonſtratu: ſcientibus, contractus æſtimari conſenſu contrahentium: teſtamenta unius voluntate teſtatoris abſolvi. porro in contractu agi, ut obligetur alter, ſæpe ignotus; denique neutrum ſtudere alteri, ſed utrumque ſibi. at in teſtamento a teſtatore exerceri liberalitatem erga bene meritos. ita late accipimus ejus voluntatem *l.* 12. *D. de reg. jur.* quaſi appellatione arbitrii Lucii Titii, non tam judicium ejus elegerit, quam æquitatis: quæ una omnibus, perſona Lucii Titii non circumſcribitur. e diverſo ſtricte intelligimus contractus: quia quærentes utriuſque voluntatem, oportet liberationi indulgere potius, quam obligationi *l.* 47. *D. de oblig. & act.* atque eo juſtius: quod in creditoris poteſtate fuit, apertius loqui *l.* 99. *D. de verb. oblig.* promiſſor contra non videtur conſenſiſſe, niſi in ſenſum, ipſi minus nociturum. Sed demonſtratum eſt diſcrimen inter teſtamenta & contractus: nec minus liquet, valere emptionem, pretii definitione arbitrio certæ perſonæ, verbi gratia, Lucii Titii, conceſſa, ſi is arbitratus ſit: alioquin nihil actum putari.

Altera quæſtio eſt: ſi arbitratus quidem ſit Lucius Titius, ſed inique: utrum emptor tum omnimodo teneatur præſtare quod arbitratus ſit Lucius Titius, an nihilominus poſſit petere, Titii iniquitatem boni viri arbitratu emendari. Hæc quæſtio æque, ac ſuperior, pendet a ſignificatione verbi, arbitrium, tam plenum Titii arbitrium, quam arbitrium boni viri complectentis. Mihi vero ſedet hac in ſpecie magis viri boni arbitrium, quam merum Titii arbitrium, accipere: quaſi emptor eo gravatus arbitrio, noluerit, niſi Titio æquum arbitrato, obligari. ſic in ſocietate, id eſt, in bonæ fidei contractu, definit Celſus *l.* 76. *& ſeqq. D. Pro ſocio.* nec video, cur in emptione, quæ æque bonæ fidei eſt, contra cenſeam. Habes meam ſententiam, quamquam non omni vacuam difficultate. Primum poteſt ambigi: unde intelligatur, nominato Lucio Titio, magis electum eſſe boni viri arbitrium, quam meram Lucii Titii voluntatem. Deinde, ſi volumus, Titio arbitrante, electum putari boni viri arbitrium: cur aliter dicimus, ſi arbitratus non ſit: cum utrimque eadem ſint contrahentium verba; ideoque aut utraque in ſpecie, aut in neutra, boni viri arbitrium ſpectari oporteat. poſtremo, ut ſuperiora non obſtent; tamen impleta conventionis conditione, eam ſine exceptione ſervari, clare conſtituit Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* neſcio, an exemplo compromiſſi: in quo ſententiam arbitri, ſive æquam ſive iniquam cuſtodiri, ſuo loco apparuit. Indicavi difficultatem. petis tolli. Quod ad primam attinet: illa parvi

mo-

momenti eſt. cum enim conſtet, arbitrium non minus boni viri arbitrium, quam meram voluntatem ſignificare: an miramur, aſſumi hanc aut illam, prout ſuadere videtur res & loquentium ſententia? At ratio vetat, eadem verba in eodem contractu aliter atque aliter accipi. Recte: niſi id velit contrahentium voluntas: ad quam non minus, quam ad verba, attendi in bonæ fidei contractu, & bona fides, & ſumma ratio, poſtulat. Hoc igitur reſtat; cur putetur aliud agi, non arbitrante Titio, aliud, cum eſt inique arbitratus. Tu vero ſic tibi perſuadeas, eſſe unam rationem atque optimam, quæ utraque in ſpecie verbi ſignificationem ſeparat. ea ratio eſt: quod utrobique actum; ne promiſſor, emptor, verbi gratia, aliter quam voluit, obligetur. ſane, cum emptio conſtet ex duorum voluntate; in ea non ſpectandum modo eſt, quid cogitarit venditor qui legem dedit contractui: ſed etiam, quid voluerit emptor qui legem accepit: ejus vero talis procul dubio fuit cogitatio; ne ſit obligatio, ubi non arbitratur Titius: & contra, ne eo arbitrante alias obligetur, quam juſte. ſic enim fit: ut non obligetur, cum poteſt liberari: & ubi neceſſe eſt, eum obligari; ut quam leviſſime teneatur. Non obſtat; quod ex adverſo dictum de effectu impletæ conditionis per arbitrium Titii. Non enim oportet effectum eſſe alium, quam foret; ſi pretium ab ipſis contrahentibus fuiſſet conſtitutum. quo caſu potuiſſent ſe invicem in pretio circumvenire *l.* 16. §. *pen. D. de minoribus.* ut tamen, immodica læſio, qualis hodie eſt quæ egreditur dimidium juſti pretii, officio judicis ex bona fide judicantis, emendari poſſet. igitur idem putetur; ſi emptor vel arbitrio Titii immodice læſus eſſe dicatur. Hoc in ſocietate viſum Celſo, ſuadente æquitate judicii bonæ fidei *l.* 78. *D. Pro ſocio.* nec ſuccurrit; cur in emptione quæ etiam bonæ fidei eſt, minus obtineat. At Juſtinianus prohibet *l. ult. C. h. t.* verbis ſubjectis: *Sancimus, cum hujuſmodi conventio ſuper venditione procedat, quanti ille æſtimaverit, ſub hac conditione ſtare venditionem, ut ſi quid ipſe qui nominatus eſt, pretium definierit, omnimodo ſecundum ejus definitionem & pretia perſolvi, & venditionem ad effectum pervenire.* Sed videamus, ne Juſtiniano ſit conſilium, tantum tollere quorumdam Veterum dubitationem; utrum pretium Titii arbitrio certum fiat, & venditio perficiatur. nihil aliud intendit Juſtinianus. Proinde, ſi quis ulterius quærat, an emptore læſo Titii arbitrio, iniquitas poſſit corrigi arbitrio boni viri: id ex hac lege, in qua nil tale, minime peti debet. Niſi Juſtinianus jubet, pretium omnimodo perſolvi ſecundum Titii definitionem. Verum id, *omnimodo*, civiliter intelligendum eſt: ut verbum, *quilibet*, in *l.* 6. *D de ſervitut.* & alia alibi: Poſtremo nihil facit argumentum a compromiſſo deſumptum. nam, cum arbitrium duplicem habeat ſignificationem, inſpici debet, quid actum ſit. agitur autem in compromiſſo: ut ſive æquam, ſive iniquam, ſententiam dicat arbiter, ei ſtetur. quod in propoſito non eſſe, jam demonſtratum eſt.

At pretium non tantum certum eſſe oportet: verum etiam conſiſtere in pecunia numerata §. 2. *Inſt. h. t.* nam ſi in alio conſtituatur, non eſt emptio, ſed rerum permutatio putatur. Olim confuſus fuit uterque contractus, non invento adhuc nummo: cujus publica ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret. eo invento & percuſſo forma publica, diſtinctus eſt uterque contractus. alter emptio venditio, alter permutatio, appellatur. in hoc uterque emptor & venditor: utrumque merx & pretium dicitur. in illo alius emptor, alius venditor: nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium, vocatur. Sic in *l.* 1. *h. t.* & planiſſime in *l.* 5. §. 1. *D. de præſcr. verb.* *Siquidem*, inquit, *pecuniam dem, ut rem accipiam; emptio & venditio eſt: ſin autem rem do, ut rem accipiam: non placuit, permutationem rerum emptionem eſſe.* Hoc; ſi ſimpliciter contrahatur. quid, ſi placeat contrahentibus, re data, ut res detur, emptionem venditionem dicere: aut, pecunia data, ut res detur, permutationem? Jam pridem oſtendi *lib. ſing. Ad Edict. De pactis & tranſact. c.* 19. eſſe rationis, ut contrahentes ab initio quem velint, ineant contractum; modo ſervent formam ei a jure civili datam: at ut mutata forma, non mutetur contractus, non eſſe rationis. Igitur ſecundum hoc putemus, re data, ut res detur, numquam emptionem dici; ſed rerum permutationem. Fuiſſe tamen inter Sabinianos & Proculianos de hoc dubitatum in *l.* 1. §. 1. *h. t.* indicant ſequentia Pauli verba: *Sed an ſine nummis venditio dici hodieque poſſit, dubitatur: veluti ſi ego togam dedi, ut tunicam acciperem.* Senſus Pauli eſt, ſi habeam animum emendi tunicam, nummos non habeam, & togam dem nummorum loco: fuiſſe quæſitum an idcirco, quod inter contrahentes agitur, ut emptio ſit; poſſit emptio fieri. Et ait Paulus, Sabinum & Caſſium putaſſe; ideo quod hanc ſpectaſſent contrahentes; & præterea exiſtimaſſet ſic Homerus in adductis ab eo locis. Verum Nervam & Proculum contrariam tenuiſſe viam, eamque veriorem: arbitratos, formam contractus, jure civili rerum expediendarum gratia prudenter ordinatam; ne difficilior fiat earum explicatio, rurſus confundi non oportere. Hoc Nervæ & Proculi argumentum Paulus ſequentibus comprehendit verbis, *Nam ut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ſic aliud eſt pretium, alia merx: quod in permutatione diſcerni non poteſt, uter emptor, uter venditor ſit.* Imp. Juſtinianus §. 1. *Inſt. h. t.* ipſum in hunc

hunc refert modum: *Diverſæ ſcholæ auctores contra ſentiebant: aliudque eſſe exiſtimabant permutationem, aliud emptionem & venditionem: alioqui non poſſe rem expediri permutatis rebus quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe. nam utramque videri & veniſſe & pretii nomine datam eſſe, rationem non pati.* Igitur ſic breviſſime Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. de rer. permut. Emptionem rebus fieri non poſſe, pridem placuit.* Cæterum permutationem quam in ſuperiore ſpecie fecimus, etſi non ſit emptio, tamen habere effectum emptioni & venditioni non abſimilem, egregie obſervat Gordianus *l.* 1. *C. de rer. permut.* Theraſæ cuidam ita reſcribens: *Si cum patruus tuus venalem poſſeſſionem haberet, pater tuus pretii nomine, licet non taxata quantitate, aliam poſſeſſionem dedit: idque quod comparavit, non injuria Judicis, nec patris tui culpa evictum eſt; ad exemplum ex empto actionis non immerito id quod tua intereſt, ſi in patris jura ſucceſſiſti, conſequi deſideras. At enim ſi cum venalis poſſeſſio non eſſet, permutatio facta eſt, idque quod ab adverſario præſtitum eſt, evictum eſt: quod datum eſt, ſi hoc elegeris, cum ratione reſtitui poſtulabis.* Patruus Theraſæ venalem habebat poſſeſſionem, ſive fundum. eam poſſeſſionem Theraſæ pater, cum vellet emere, nec haberet numeratam pecuniam, pretii nomine, id eſt, pro numerata pecunia, aliam dedit poſſeſſionem inæſtimatam; vel, ut Gordianus loquitur, non taxata quantitate. deinde poſſeſſio a patruo tradita Theraſæ patri, ei evicta eſt, non injuria Judicis, neque culpa patris Theraſæ. (id eſt, ut dicitur in *l.* 8. & *l.* 15. *C. de evict.* eſt evicta juris ratione) Mortuo deinde patre, Theraſa ſucceſſit in ejus jura: id eſt, facta eſt ejus heres. quæritur, qua actione illa experiri debeat. cauſa quærendi, qualis ſit contractus: utrum emptio & venditio, an rerum permutatio. Aliquis dicat, contrahentes hinc tradita venali poſſeſſione, inde alia poſſeſſione pretii nomine contra data, voluiſſe, emptionem & venditionem contrahere. argumentumque eſſe, quod Theraſæ a Gordiano tantum una conceditur actio ad id quod intereſt, exemplo actionis ex empto: in qua ſic obſervatur re evicta: cum evicta re permutata, etiam danda foret condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta. Sed non eſt ita: contra placet Gordiano, non eſſe emptionem & venditionem, ſed eſſe permutationem, emptionis forma, ut dictum, pretium certum & pecuniarium, deſiderante. At enim evicta re permutata, non minus condictio ob rem dati obtinet ad dati repetitionem, quam actio præſcriptis verbis ad id quod intereſt. Sit ita, integra permutationis natura, & nullo pacto infracta: ſed in præſentiarum talis non eſt. nam data venali poſſeſſione, & invicem alia poſſeſſione pretii nomine data, creditur inter contrahentes agi; ut permutatio non ſuis, ſed emptionis, regulis æſtimetur. Sic ergo fit, ut Theraſæ in propoſito non detur condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta: ſed actio præſcriptis verbis ad id quod intereſt. Gordianus ſic exprimit: Theraſam ad exemplum actionis ex empto, id quod ejus intereſt conſequi non immerito deſiderare. Vere & meditate: nam actiones præſcriptis verbis, pendentes ab innominatis contractibus, omnes dantur ad exemplum civilium actionum, ut empti, mandati. Ita in ſumma putat Gordianus, ſi venalis fuerit poſſeſſio, animum contrahentium fuiſſe, permutationem confingere ad imaginem emptionis venditionis: in qua condictio ob cauſam dati cauſa non ſequuta ceſſat: ſicut ceſſat pœnitentia. at ſi non fuerit venalis poſſeſſio; non videri contrahentes de informanda permutatione cogitaſſe: ideoque evicta poſſeſſione, licere Theraſæ, quaſi integro jure permutationis, prout elegerit, agere vel actione præſcriptis verbis, vel condictione ob cauſam dati cauſa non ſequuta.

Oſtendi, quod in emptione venditione res pro re dari nequit. E diverſo quæris: an pecunia data, ut res detur, permutatio videri poſſit: ſi quidem pecunia pro corpore habeatur? Mihi non placet, etſi putent Doctiſſimi Interpretes, propter ſequentia Celſi verba ex *l. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequut. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt: an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati, re non ſequuta? in quod proclivior ſum.* Sed vereor: ne corruptus ſit Celſus, & ſic reſtituendus: *Dedi tibi peregrinam pecuniam.* Sic emendavi olim; & ſenſum demonſtravi *lib.* 4. *Probabilium c.* 4. Sequentibus quoque Celſi verbis, *Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt,* ſane obſcuris, ne diutius offenderent, lucem dedi *lib.* 1. *Obſerv. c.* 17. Illud neſcio, an addam, quod pretio in ingreſſu contractus conſtituto in pecunia numerata, & pro ea deinde venditori conſentienti re in ſolutum data, nil impedit, quo minus ſalvus maneat emptionis contractus. imo ſic cuidam Domitio reſcribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. de reſcind. vend. Pretii cauſa non pecunia numerata, ſed pro ea pecoribus in ſolutum conſentienti datis, contractus non conſtituitur irritus.* Optime: nam emptionem non pecuniæ numeratione cenſemus: ſed conventione de ea numeranda. quemadmodum ſolemus contractuum formas magis ex eo quod in contrahendo placuit ab initio, quam ex hoc quod poſtea inſequutum eſt, diſtinguere *l.* 1. §. 13. *D. Depoſiti. l.* 8. *D. Mandati.*

Ne hoc quidem ſilere me hic oportet: quod ut emptionis pretium conſiſtat in pecunia numerata; tamen pecuniæ numeratæ poteſt accedere conventio rei aut facti; & conſequenter actio ex vendito æque ad ejus atque ad pretii præſtationem competere: cum & res

&

& factum quaſi pars pretii habeatur: poſtquam placuit, pacta conventa in continenti bonæ fidei contractibus. adjecta, iis contineri. Sed hoc apparet ex *l.* 79. *D. h. t. l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 4. *l.* 28. *D. de act. empt.*

Ordo quem mihi propoſui, me deduxit ad mercem pro qua pretium conſtituitur: emptore non magis agente, ut pecuniam jactet; quam venditore, ut perdat mercem. ſed uterque deſtinat, ſibi conſulere mercis & pecuniæ permutatione. proinde non poteſt emptio venditio intelligi ſine re quæ veniat *l.* 8. *h. t.* & ſi conſenſum fuerit in corpus, quod ante venditionem in rerum natura eſſe diſierit, placet Paulo, nullam emptionem eſſe *l.* 15. *d. t.* Pone ex *l.* 57. *eod.* domum emi, combuſtam ante venditionem perfectam, cum ego & venditor combuſtam ignoraremus: dicit Paulus, nihil veniſſe: id eſt, nihil fuiſſe quod venderetur; venditionemque ſine re quæ veniat, non conſiſtere. Atqui area, quæ eſt præcipua domus pars, manſit poſt incendium. Quaſi emptor domus aream cogitarit, non domum areæ impoſitam: ſed ut area domus pars, etiam præcipua fuerit, quamdiu conſtabat domus: tempore venditionis non erat pars domus quæ tum nulla erat. Non igitur valet venditio domus ante combuſtæ, quia nihil venit. utique, ſi combuſta ſit domus tota. quod, ſi pars manſit: ait Paulus, multum intereſſe, quanta pars permaneat. nam ſi quidem amplior pars exuſta eſt; (quia pleraque majore cenſentur parte) emptorem non compelli, emptionem perficere; contra repetiturum quod ſolverit. ſin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia, exuſta fuerit; jam ſubſiſtere emptionem, quaſi exſtet domus, cujus pars dimidia aut major exſtat; ideoque coarctandum eſſe emptorem, emptionem adimplere, æſtimatione viri boni arbitratu habita: ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuerit inventum, ab hujus præſtatione liberetur. Hæc ex vero Paulus *pr. d. l.* 57. at quæ in §. 1. *& ſeqq.* nobis ſub Pauli nomine obtruduntur, falſa atque inextricabilia eſſe, a quocumque ſcripta ſint, demonſtravi *lib. ſing. De form. emend. dol. mal c.* XI. idemque judicavi de his, quæ ibidem ſunt ſubjecta ex Papiniano *l.* 58. Cæterum quæ ex Paulo tradidi, illis obſtare creditur hoc Marciani *l.* 44. *D. h. t.* *Si duos quis ſervos emerit pariter uno pretio quorum alter ante venditionem mortuus eſt, neque in vivo conſtat emptio.* Sed non obſtat: refert enim, utrum vendita ſit res una cujus pars perierit; an venditæ ſint duæ quarum altera non exſtiterit. nam ut unius rei pretium liquet; ſic ejus pars non eſt difficilis æſtimatu. at ex duobus ſervis uno mortuo, non eſt facilis alterius æſtimatio, utpote pendens ab affectione utriuſque contrahentium; qua poteſt fieri, ut alter ab emptore, alter a venditore, pluris æſtimetur. ſic cum de æſtimatione non conveniat inter utrumque: magis placuit, emptionem propter mortuum eſſe nullam, quam valere propter ſuperſtitem. Dices, pacti obſcuritatem, ſi quæ in emptione deprehendatur, venditori nocere; & ita Paulum arbitrari *l.* 21. *D. h. t.* verba Pauli: *Labeo ſcripſit, obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius loqui.* Sed apparet, Paulum agere de ambiguitate verborum, ſi quæ ab initio fuerit in pacto, ſeu lege, venditionis: quam legem a venditore dari, alibi obſervat Jacobus Cujacius *lib.* 23. *Obſerv. c.* 31. ea porro lex quam dixit venditor, ſi obſcura ſit, ait Paulus, ejus obſcuritatem potius venditori nocere: quia potuit, re integra, apertius loqui; &, ſi non fecit, imputet ſibi. Verum hoc ad rem propoſitam non pertinet. nam ubi duo ſervi veniunt uno pretio; re integra, nihil eſt ambiguum; nihil quod venditori imputetur. proinde duobus ſervis uno pretio venditis, & altero perempto ante perfectam venditionem; irrita eſt venditio: nulla ratione, cur melior ſit emptoris, quam venditoris, conditio, aut contra.

Igitur in *l.* 8. *h. t.* (huc enim redeo) ait Pomponius, nec emptionem, nec venditionem ſine re quæ veniat, intelligi. ſentiens tamen hoc recipere dubitationem, & duplicem, utrique occurrendum credidit. prior eſt: quod fructus & partus futuri quotidie emuntur & venduntur: ut ut nulli ſint, antequam naſcuntur: adhæc poteſt fieri, ne naſcantur. utroque vero caſu emptio ſine re erit. vides difficultatem. Quid Pomponius? putat, venditionem futurorum fructuum quaſi conditionalem eſſe: nam ei vi ipſa ineſſe conditionem, Si fructus naſcantur *l.* 1. *pr. &* §. *ult. D. de condit. & demonſtr.* conditionales autem venditiones tunc perfici, cum impleta fuerit conditio. quapropter ſi non naſcantur fructus, negat, emptionem eſſe, deficiente conditione *l.* 7. *D. h. t.* contra ait, ſi naſcantur, perinde haberi, quaſi jam tum, cum contractum eſt negotium, venditio facta intelligatur *d. l.* 8. Quid, ſi egerit venditor, ne naſcantur? placet Pomponio, ex empto agi poſſe, quaſi impleta conditione *d. l.* 8. & recte: eſt enim Jure Civili receptum, quotiens per eum cujus intereſt conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac ſi impleta conditio fuiſſet *l.* 24. *D. de condit. & demonſt.* Sublata eſt prior hæſitatio. Altera a Pomponio §. 1. *d. l.* 8. ſic proponitur: *Aliquando tamen & ſine re venditio intelligitur: Veluti, cum quaſi alea emitur.* Pomponius aleam vocat rem incerti eventus. diſtinguit autem quaſi aleam a vera. hæc legibus improbata & vetita: illa non; ut dictum *lib.* XI. *tit.* V. *De aleatoribus.* Exemplum quaſi aleæ Pomponio; *cum captus piſcium, vel avium, vel miſſilium, emitur.* Miſſilia vocat mu-

munera a Principe aut Magiſtratibus jactari aut ſpargi ſolita. res nota ex §. 45. *Inſt. de rer. diviſ.* & Suetonio *Caligul. c.* 18. & *Neron. c.* XI. Emitur vero captus miſſilium, cum emitur quod ex miſſilibus ſparſis jactiſve capietur. cætera ſic exprimit Ulpianus *l.* 11. §. *ult. D. de act. empt. Cum futurum jactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe.* Jactus, qui & bolos, emitur, cum a piſcatore emuntur piſces jactu retis extrahendi. qualis empti jactus mentio apud Apulejum, *Apolog.* & Suetonium, *lib. De clar. Rhetorib.* Indago plagis poſitis emitur a venatore; cum emitur quidquid ferarum includitur & capitur indagine, poſitis plagis, ſeu retibus, quibus ſaltus cingitur: ſic indago accipitur apud Virgilium *lib.* 4. *Aeneid. verſ.* 121. *Saltuſque indagine cingunt.* Poſtremo emitur ab aucupe panthera; (quæ Varroni *lib.* 4. *De ling. Latin.* eſt genus retis) cum ab eo emuntur aves panthera capiendæ. Expoſitis Pomponii verbis, apparet caſus de quo ambigitur. quæſtio igitur eſt; cum emitur jactus retis, aut indago poſitis plagis, aut panthera, aut captus miſſilium, an ſit emptio: cauſa dubitandi, an ſit merx. quid enim emitur & venditur, niſi alea? Apulejus *d. loc.* dicit fortunam jactus: Ulpianus *l.* 11. *D. de hered. vend.* ait, incertum rei venire. ita agitur; ut emptio ſit, etiamſi nihil inciderit: id eſt, ſine re: quod regula juris non patitur. Atque ita eſt prima facie. ſed Pomponius, re penitius inſpecta, negat, regulam hac emptione offendi: eo quod eſt ſpei emptio: quæ, ut a Seneca *Epiſt.* 10. appelletur incerti boni nomen, eſt aliquid, atque æſtimabile a peritis. ita valet emptio quaſi aleæ: quia non eſt ſine re quæ veniat. quid ergo, ſi venditor nolit jactare rete? recte ait Celſus, incertum ejus rei æſtimandum. & ſi quod extraxit piſcium, nolit reddere, æſtimari debere quod extraxit *l.* 12. *D. de act. empt.* quia id venditum. quid, ſi nihil inciderit? jam exitus non habet mercem, ſpe ſublata: ſed ſufficit, mercem ab initio fuiſſe; & ſi eſſe deſiit, periiſſe emptoris periculo: ita nihilominus hic tenebitur pretium præſtare *l.* 11. §. *ult. D. de act. empt.* Illud quale quod in fine §. 1. *d. l.* 8. ait Pomponius, *Quod miſſilium nomine eo caſu captum eſt, ſi evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur: quia id actum intelligitur?* Tu puta, eſſe actum, ut habeat emptor captum. at captum intelligitur quod poteſt retineri. nam ſi nequit retineri, non videtur captum, quia non eſt cum effectu captum. ergo ſi quid evictum ſit, quia non intelligitur captum; non tenetur venditor evictionis nomine: quaſi id actum ſit.

Præter ſuperiores dubitationes eſt & ſequens; an res incorporales, ut ſervitus, hereditas, actio, emi & vendi poſſint. movet, quod in jure conſiſtunt, & tantum animo concipiuntur; at tangi nequeunt: ſic vero metus fuerit, ne his venditis, non ſit merx: ſine qua emptio venditio nulla eſt. Sed aliud placuit; quia ſervitus, hereditas, actio, ſimilia jura incorporalia, etſi non poſſint tangi, nec extent citra noſtram fictionem: quatenus tamen ſub cogitationem cadunt, & animo concipiuntur, eſſe intelliguntur; & ut ne ſic quidem ſint res corporales, nihilominus res incorporales appellantur, ideoque venditæ pro merce habentur, & valet earum emptio venditio, ex qua empti & venditi agi poteſt. ita ſub hoc Titulo Labeo *l.* 80. de ſervitute prædii; ſicut de utroque ſervitutis genere actum ſupra *lib.* 7. & 8. de hereditate vero & actione vendita agetur infra proprio Titulo.

Putemus igitur, emptionem & venditionem præter pretium, etiam mercem deſiderare. At qualem? omnem quæ non prohibeatur emi & vendi. huc it ſequens Rubricæ pars, *Quæ res venire non poſſunt.* ſignificat enim, ſi quæratur, quæ res vendi poſſint, inquirendum eſſe, quæ emi & vendi prohibeantur: intellectis enim his, reliquas emi & vendi recte. Hoc & Paulus intendit *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* verbis ſubjectis. *Omnium rerum quas quis habere vel poſſidere vel perſequi poteſt, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus vel mores commercio exuerunt, earum nulla venditio eſt.* Paulus ait, aliquas res commercio eximi jure gentium, aliquas moribus civitatis. Ad jus gentium refero hominem liberum: nam libertas eſt juris gentium *l.* 4. *D. de juſt. & jur.* eoque hominem liberum, quamdiu eſt talis, extra commercium eſſe, æquum eſt. idem puta de rebus ſacris & religioſis: nam & religio juris gentium *l.* 2. *D. d. t.* quid ni igitur res ſacræ ac religioſæ eo jure neque æſtimationem recipiunt *l.* 9. §. *ult. D. de rer. diviſ.* neque alienationem *l.* 73. *D. h. t.* Moribus civitatis extra commercium habentur res publicæ; maxime quæ in uſu publico ſunt: ut campus Martius, forum, theatra, baſilica. cæteræ quæ in pecunia, ſeu patrimonio publico, emi & vendi poſſunt. Omnium igitur rerum quas natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exemerunt, ait Paulus, nullam venditionem eſſe; & ſi vendantur, nullam naſci actionem: ſive pure vendantur, ſive ſub conditione, quamvis conſtet, res futuras emi poſſe; videlicet, quia fas non eſt, hujuſmodi caſus exſpectare *d. l.* 34. §. 2. *h. t.* Hoc inter ſcientes. Idem, ſi emptor ſcit, cum venditor ignorat *l.* 70. *D. h. t.* certo, ubi non tenet contractus, ibi nec actionem eſſe: hic eo juſtius, quia ſic nemo læſus fraudatuſve eſt *l.* 6. *D. h. t.* Quid, ſi inter ignorantes aut certe ignorante emptore contracta ſit venditio rei commercio exemptæ, liberi hominis, verbi gratia? Videtur a Veteribus in Fori Diſputatione fuiſſe dubi-

dubitatum: quod ab una parte ſtaret juris regula, venditionem hominis liberi improbans: ab altera æquitas, ignorantiæ indulgens, propter difficultatem dignoſcendi hominem liberum a ſervo, eadem utriuſque figura *l. 5. h. t.* Atque hoc magis placuiſſe, auctorem habeo Licinium Rufinum lib. 8. Regularum, ex quo ſequentia adſcripſi verba *l. 70. h. t. Liberi hominis emptionem contrahi poſſe, plerique exiſtimaverunt: ſi modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet, etiamſi venditor ſciat, emptor autem ignoret.* Quid hic Licinius Rufinus? indigitat, pleroſque Juriſconſultos in Fori diſputatione, in qua ea res vertebatur, ſic exiſtimaſſe. Idemque opinor ſignificari a Papiniano *l. 44. D. de uſurp. & uſucap.* cum ait, *Hoc in homine libero placuiſſe.* Ubi? nempe in Fori Diſputatione. Addit Papinianus: *Ibi propter aſſiduam & cotidianam comparationem ſervorum ita conſtitui publice interfuit. nam plerumque ignorantia liberos emimus.* Sic Papinianus: ac vix dubito, quin a Juriſconſultis hoc conſtitutum fuiſſe opinetur: nam & hos ſtatuere, & conſtituere, ipſorumque ſententias dici conſtitutiones, evici ſupra ſub Titulo *De Juſt. & jur.* Non igitur valet emptio hominis liberi recto & ſubtili jure: ne propter ignorantiam quidem aut utriuſque, aut emptoris ſolius: ideoque neutro caſu naſcitur directa ex empto actio. viſum tamen Prudentibus, dare ex empto actionem, perinde ac ſi is contractus valeret. Hoc, ne explicationi deſit auctoritas, præ ſe fert Modeſtinus lib. 5. Regularum: nam ex illo libro eſt *l. 62. §. 1. d. t.* Verba Modeſtini: *Qui neſciens loca ſacra vel religioſa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adverſus venditorem experietur, ut conſequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* Senſus Modeſtini eſt, Licet ſubtili & directo jure non valeat emptio loci ſacri a neſciente facta, ideoque non competat directa ex empto actio; tamen poſtquam placuit Juriſconſultis, emptionem intelligi, (ut nominatim loquitur Pomponius *l. 4. D. h. t.*) adhuc aget emptor utili ex empto actione adverſus venditorem; ut conſequatur quod ejus interfuit, ne deciperetur. Sic cenſeo; atque hanc actionem eſſe utilem, jam demonſtravi *lib. De form. emend. dol. mal. c.* XII. Hoc: ſi venditor ſcivit, emptor ignoravit. ſed aliud eſt: ſi uterque ignoravit. nam vel hoc caſu valere emptionem ex Licinio Rufino dictum. quamquam non hoc fine: quaſi emptor quod ſua interſit, conſequatur; ut in ſuperiore ſpecie: ſed ut emptor pretium ſi quod ſolverit, a venditore recipiat: quaſi non patiatur bona fides (quod in alio caſu ex Juliano obſervatum ab Ulpiano *l. 11. §. ult. D. de act. empti.*) emptorem in tali contractu non habere rem; & pretium a venditore retineri. Illud in univerſum retinendum eſt in omnibus quæ commercio ſint exempta, venditionem, quamvis inter ignorantes factam, numquam uſque eo valere; ut in emptorem transferantur. Sic de filiis a patre venditis clare Diocletianus & Maximianus *l. 1. C. de patrib. qui fil. ſuos diſtraxer.* una erat exceptio; ſi id fieret contemplatione extremæ neceſſitatis, aut alimentorum: & tamen ne ſic quidem ſtatui ingenuitatis eorum præjudicari, docet Paulus *lib. 5. Sentent. tit.* 1. Sed ex Conſtitutione Imp. Conſtantini reſtricta hæc exceptio eſt ad liberos ſanguinolentos, id eſt, recens natos, & a matre adhuc rubentes *l. 2. C. eod. tit.* de qua ſcripſi, *Julio Paulo, ſive de partus expoſitione & nece c. 5.*

Præter hæc notatu dignum eſt: quod Ulpianus ſcribit *l. 22. & 24. D. h. t.* (quæ ſunt conjungendæ, ut ſunt ex eodem lib. 28. Ad Sabinum) venditionem rei ſacræ vel religioſæ tunc demum non ſubſiſtere; cum quod venditur, omne religioſum vel ſacrum vel publicum eſt: quia ſic principaliter venditur res ſacra vel religioſa: ſed non eſſe idem; ſi modicus locus ſacer vel religioſus emptioni rei majoris accedit. pone; in fundo qui venit, eſt ſepulchrum aut modicus locus ſacer: is locus non excipitur lege venditionis. non ſpecialiter venit locus ſacer aut religioſus: ſed fundus profanus cui is locus adhæret; ideoque eſſe ex empto actionem, Ulpianus ait. Et commode Paulus *l. 62. D. de adq. rer. domin. Quædam*, inquit, *quæ non poſſunt ſola alienari, per univerſitatem tranſeunt, ut fundus dotalis & cujus quis commercium non habet.* Eſt & aliud exemplum in hoc Taciti *lib. 1. Annal. c. 73. Nec contra religiones fieri, quod effigies ejus* (Auguſti) *ut alia numinum ſimulachra venditionibus hortorum & domuum accedant.*

Præter res religioſas, ſacras, publicas, & homines liberos de quibus dixi, prohibentur etiam aliæ res emi & vendi Codicis lib. IV. Titulo XL. qui eſt, *Quæ res venire non poſſunt.* item Titulo XLII. *De eunuchis*, & Titulo XLI. qui eſt, *Quæ res exportari non debeant.* qui legi poſſunt. ex poſtremo ſolam apponam *l. 1.* cujus rationem merito quis miretur. Verba ſunt: *Ad barbaricum transferendi vini, olei, & liquaminis nullam quiſquam habeat facultatem: nec guſtus quidem cauſa aut uſus commerciorum.* Sed deſinet mirari: jam animadverſo, Imperatores ſpectare ad quietem Reipublicæ, in eo ſitam; ne barbari dulcedine frugum illecti, deinceps invadant terras imperii Romani, illarum feraces: quod a Gallis olim factum, ex Livio *lib. 5. c. 33.* primus obſervavit plurimæ Vir eruditionis Andrêas Alciatus, *lib. 4. Diſpunct. c.* XI. poteſtque id juvari ſequente loco ex Paulo Diacono, *lib.* 18. *Itaque odio metuque exagitatus* (Narſes) *in Neapolim Campaniæ civitatem ſecedens, legatos mox ad Langbardorum gentem dirigit; ut paupera Pannoniorum rura deſererent, & ad*

Italiam cunctis repletam divitiis poſſidendam venirent : ſimulque multimoda pomorum genera aliarumque rerum ſpecies quarum Italia ferax eſt, mittit, quatenus eorum ad veniendum animos poſſit allicere. Langbardi læta nuncia & quæ ipſi præcipue optabant, gratanter ſuſcipiunt. denique futuris commodis animos attollunt.

Vix finis erit; ſi adferam cuncta, emi & vendi prohibita. non prætermittam tamen venena mala. nam horum emptionem contrahi, non pati bonos mores, indicat Gajus *l.* 35. §. 2. *D. h.* t. arbitratus, id quod res eſt, commercia jure gentium eſſe inventa ad juvandas res humanas, numquam ad perdendas. ad hoc probandum Gajus petit argumentum a ſocietate: negans, hanc, ſi flagitioſæ rei ſit, vires habere. ſimili conſilio ait, nullum eſſe mandatum quod ſit contra bonos mores. utriuſque exemplo putat, nullam eſſe emptionem veneni, quod nullo modo alterius materiæ adjectione uſui nobis eſſe poteſt. at ſi quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti (ſic extat Florentiæ) & alia quædam ſalubria medicamenta conficiantur, aliud dici putat; quia ſic ſunt venena bona, non mala; &, ut Nonius dicit, medicamentum. Non minus huc pertinet: quod Ulpianus ait, Senatum cenſuiſſe, Ne quis domum villamve dirueret, quo plus ſibi adquireretur, neve quis negotiandi cauſa eorum quid emeret venderetve, pœna in eum qui contra Senatuſconſultum quid feciſſet, conſtituta *l.* 52. *D. h. t.* Factum id Senatuſconſultum publici decoris cauſa, Aviola & Panſa Conſulibus *l.* 41. §. 1. *D. de legat. lib.* 1. temporibus Hadriani, meminit Spartianus *in vita Hadriani c.* 18. ibique in Notis Caſaubonus.

Sit etiam hujus loci hoc Ulpiani in *l.* 34. §. *ult. D. h. t. Tutor rem pupilli emere non poteſt. Idemque porrigendum eſt ad ſimilia, id eſt, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.* Quod de tutore dicit, verum eſt, etſi res pupilli per leges vendi poteſt; ſi ipſe eam vendat pupilli nomine, vel ſi pupillo vendenti fiat auctor. Nimirum, quia emptio & venditio non fit, niſi emptoris & venditoris conſenſu. ipſe autem tutor non poteſt fungi officio utriuſque. Sic Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. de auctor. tutor.* Quid, ſi contutor vendat, vel pupillo vendenti fiat auctor? ait Ulpianus, tutorem jam emere poſſe. ſcilicet, quia alterius auctoritas ſufficit, modo agatur bona fide: cæterum, ſi mala fide, id eſt, gratioſe aut ſordide, emptio interceſſerit, nullius momenti fore *d. l.* 5. §. 2. Idem putat; ſi emptio facta ſit per interpoſitam perſonam *d. l.* 5. §. 3. quaſi latenter factum, ſit callide & doloſe factum. Non idem; ſi emat palam & bona fide *l.* 5. *C. h. t.* Sane Ulpianus *d. l.* 5. §. 4. *D. de auct. tutor.* ſi ipſe, inquit, quid emit palam, dedit autem nomen non mala fide, ſed ſimpliciter, ut ſolent honeſtiores non pati, nomina ſua inſtrumentis inſcribi, emptio valet. quod ſi callide; idem erit, ac ſi per interpoſitam perſonam emiſſet. Quod de tutore dictum, ait Ulpianus *d. l.* 34. §. *ult.* eſſe porrigendum ad ſimilia, id eſt, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt. An ad publica quoque officia? Marcianus *lib. ſingulari De delatoribus l.* 46. *D. h. t. Non licet*, inquit, *ex officio quod adminiſtrat quis, emere quid vel per ſe, vel per aliam perſonam.* Exceptio in *l.* 62. *D. h. t.* quid ſi contra fiat? eſt duplex pœna. Marcianus indicat: *Alioquin non tantum rem amittit, ſed & in quadruplum convenitur ſecundum Conſtitutionem Severi & Antonini: & hoc ad Procuratorem quoque Cæſaris pertinet*, Addit Marcianus: *Sed hoc ita ſe habet, niſi ſpecialiter quibuſdam hoc conceſſum eſt.* Hic verſus neſcio an ſit Marciano adjectus a Triboniano ex *l.* 1. *C. de contractib. Judicum.* Æquitas interim & ratio hujus juris fuit ſumma: ne magis raptus eſſet, quam emptio. eam ex Cicerone notavit Rævardus *lib.* 2. *Var. c.* 20. & addi poteſt Cujacius *lib.* 16. *Obſerv. c.* 13.

Demonſtratis rebus quæ emi & vendi prohibentur, vix opus admoneri, cæteras quæ non prohibentur, emi & vendi poſſe. Nec tamen vel hoc eſt ſine exceptione: nam ſi rem meam emi; non putatur eſſe emptio *l.* 16. *D. h. t.* quando nulli bono eſt, a me emi rem meam, illa emptione meam non magis futuram quam ante fuit. Atqui alio non ſpectat emptio, quam ut empta res emptori adquiratur; cum non eſſet ejus. Sed inania excedunt modum juris noſtri *l.* 4. *C. h. t.* Hoc: ſi rem meam pure emam. Quid, ſi emam ſub conditione, ſi mea eſſe deſinet? jam valet emptio *l.* 6. *D. h. t.* dilata videlicet in id tempus quo res erit aliena. Idem: ſi rei meæ inhæret quid alieni juris: ut poſſeſſio *l.* 34. §. 4. *d. t.* eſt enim rationis, me accipere vel retinere rei meæ poſſeſſionem quæ eſt alterius, & mihi jure poteſt adimi vel abjudicari. Plus dicam, ſi quidem dominus ſim, ſed dominium a me avocari poteſt, nil obſtare, quo minus emam rem huc uſque meam, ſed a me abituram. Eſt talis caſus in *d. l.* 4. *C. h. t.* En: aliquis mihi donavit rem ſuam. ejus traditione ego fio dominus. illa donatio mox dicitur inofficioſa. quid fit? ego rem mihi donatam, & traditam, emo a donatoris herede. recte emo. atqui eſt mea. ſed a me abitura: donatione per querelam inofficioſæ donationis reſciſſa ad exemplum inofficioſi teſtamenti. Plane ut emere rem meam nequeam, diſtrahere ut poſſim, dominio conſequens eſt. De aliena videamus: ejus non ſum dominus; tamen venditionem Ulpianus mihi concedit *l.* 28. *D. h. t.* etſi poſſit aliqua eſſe dubitatio, propter pignus in re aliena conſtitutum: nam de hoc aliud traditur *l.* 6. *C. Si aliena res pignori:* ut ut in

l. 9.

l. 9. §. 1. D. de pignorib. ſic ſcribatur: *Quod emptionem venditionem recipit, & pignerationem recipere poteſt.* Quid dicimus? locum eſſe difficilem & hic explicandum: niſi jam explicuiſſem *lib. 1. Obſerv. c. 7.*

Explicita forma contrahendæ emptionis, additis rebus quæ venire poſſint, abſolutæ ſunt duæ Tituli partes. reſtat tertia de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis. continet vero hæc exempla multa: ex quibus illuſtravi duo valde obſcura. alterum *lib. 4. Probabil. c. 2.* alterum *lib. 3. c. XI.* nec inutile foret, hic præterea indicari, quemadmodum jus ſit contrahentibus, naturam contractus pactis adjectis pro ſuo commodo informare, plerumque in continenti, aliquando ex intervallo, aut detrahendo de ſubſtantia vel adminiculis aliquid, aut adjiciendo. Sed talia executus antehac magna diligentia ſum *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c. XI. & c. XIX.* Igitur ne pete, hic a me agi actum. ſed ut duo ſequentes Tituli, alter *De addictione in diem*, alter *De lege commiſſoria*, aliqua indigent ope, non pigebit me de his, quantum ſatis eſt, ſubjungere.

TITULUS II.

De in diem addictione.

Rubrica fuit aliquando ſic edita, *De in diem adjectione.* ſed præſtat ſcribi, *De in diem addictione.* Id poſt alios obſervavit Antonius Auguſtinus *lib. 2. Emendat. c. 3.* ſimul, quod adjicere eſt emptoris, plus licitantis, ſive meliorem conditionem adferentis *l. 8. l. 13. D. h. t.* inde adjectio in *l. 4. §. 1. l. 19. d. t. l. 41 D. de rei vindic.* eſt allatio melioris conditionis, aucto pretio, verbi gratia. contra addicere eſt venditoris: nam addicere eſt vendere *d. l. 13. & paſſim. d. t.* inde in diem addictio eſt, venditio facta hoc pacto, Niſi melior conditio adferatur. Fuit autem quæſtionis, quotiens fundus in diem addicitur; utrum pura ſit emptio quæ ſub conditione reſolvatur; an magis ſit conditionalis? Et quidem Paulus *l. 2. §. 4. D. Pro emptore* refert, in ea alios aliud ſenſiſſe: ſed ipſe *eo loco* & Ulpianus *l. 2 h. t.* verius eſſe exiſtimat, intereſſe, quid actum ſit. nam ſi quidem hoc actum eſt, ut meliore allata conditione diſcedatur, puram eſſe emptionem, quæ ſub conditione reſolvitur: ſin autem hoc actum eſt, ut perficiatur emptio, niſi melior conditio afferatur, eſſe emptionem conditionalem. Nec fuſtra hæc obſervatur differentia: nam ubi pura emptio eſt, ſed ſub conditione reſolvitur: tum ſi quidem venditor dominus fuit; re tradita, emptor confeſtim dominus fit, alioquin uſucapiendi conditionem accipit. præterea vindicare rem poterit *l. 41. D. de rei vindic.* & pignorare *l. 4. §. 3. D. h. t.* poteſt etiam fructus percipere, & periculum ad eum pertinere, ſi res perierit *l. 2. §. 1. d. t.* hac optima ratione quam ſubjicit Paulus *l. 3.* quoniam poſt interitum rei jam nec poteſt melior conditio adferri: id eſt, emptio non poteſt reſolvi, & ideo manet firma. Plane quod dictum eſt, fructus interea captos emptorem priorem ſequi: totiens placet Ulpiano *l. 6. d. t.* quotiens nullus emptor exiſtit qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit: neutro enim caſu exiſtit conditio, addictioni finiendæ adſcripta: ſin vero exiſtit emptor poſterior, jam quia exiſtit conditio, & finita retro venditio eſt: ait Ulpianus, priorem emptorem fructus debere refundere, ſed venditori; emptorem vero poſteriorem qui meliorem conditionem attulerit, præter corpus, nihil ſequi quod venierit, Paulus docet *l 14 §. 4. h. t.* Adhæc memorat Ulpianus *l. 4. §. 3. d. t.* Marcellum lib. 5. Digeſtorum ſcripſiſſe, fundo pure vendito & in diem addicto, ſi allata ſit melior conditio, pignori eſſe deſinere, ſi emptor eum pignori dediſſet: hac, ut videtur, ratione; quod ſublato jure conſtituentis, etiam ſublatum eſſe jus conſtitutum intelligitur *l. 31. D. de pignoribus.*

Hæc; ſi addictio in diem facta ſit pure, & actum, ut allata meliore conditione, ab emptione diſcedatur. Quid ſi contracta ſit emptio, ut perficiatur, niſi melior adferatur conditio? jam conditionalem ab initio eſſe emptionem, Ulpianus dixit; placetque ei, venditorem, etſi re tradita, medio tempore dominum manere, quaſi non impleta conditione contractus, ideoque nec acceſſiones emptorem ſequi, nec fructus ad eum pertinere *l. 4. D. h. t.* nimirum, quia interim nuda fuit traditio ſine cauſa, neque dominium transferens, neque uſucapionem. Ut tamen (quod eſt temperamentum Imperatoris Severi *l. 16. D. h. t.*) Sicut fructus in diem addictæ domus, verbi gratia, cum melior conditio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt, ita rurſus quæ prior emptor medio tempore neceſſario probaverit erogata, de reditu retineri, vel ſi non ſufficiat, ſolvi æquum ſit.

Eſt igitur addictionis in diem hæc conditio, Niſi allata ſit melior conditio. Ea vero adferri demum creditur, ſi vera ſit ſequens emptio. nam ſi ſubjectus ſit emptor falſus: placet Ulpiano *l. 4. §. 5. h. t.* Sabini ſententia: exiſtimantis, rem priori eſſe emptam: & recte; quia non videtur melior allata eſſe conditio, non exiſtente vero emptore. Sed & ſi alius exiſtat emptor, meliorem tamen conditionem non adferat; æque dicendum eſſe, inquit, perinde habendum, ac ſi non exiſteret *d. l. 4. §. 5.*

Melior porro conditio, ut hoc addam, adſerri videtur Ulpiano *d. l.* 4. §. *ult.* ſi pretio ſit additum. ſed & ſi nihil pretio addatur, ſolutio tamen offeratur facilior pretii vel maturior, melior conditio adſerri videtur. idem, ſi locus opportunior ſolvendo pretio dicatur, aut ſi perſona idoneior accedat ad emptionem, aut ſi quis accedat ejuſdem pretii emptor, ſed qui levioribus emat conditionibus, vel qui ſatiſdationem nullam exigat. item, ſi viliore pretio emere ſit paratus, ea tamen remittat quæ venditori gravia erant. quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet *l.* 5. *h. t.*

Intellecto, quæ ſit melior conditio, videamus, an ea allata venditori liceat, poſteriori addicere? & puto, licere: niſi prior paratus ſit plus adjicere. utique ſic cenſet Paulus *l.* 7. *d. t.* ideoque addit *l.* 8. neceſſe habere venditorem, allata meliore conditione priorem emptorem facere certiorem: ut ſi quid alius adjicit, ipſe quoque adjicere poſſit. imo ſi allata ab alio melior ſit conditio, viſum Ulpiano *l.* 9. quod Sabinus ſcribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere, ſequique primam. Non fuit quidem hæc omnium ſententia: ſed ita obtinuit, cum forte aliqui diſſentirent. idque, meo judicio, indicant hæc Ulpiani verba, *Et ita utimur:* quorum hanc vim eſſe, evici *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. & 3. At quemadmodum venditori jus eſt, negligere meliorem conditionem ſibi oblatam; non ita licet emptori, ea oblata, ab emptione recedere: nempe, quia non ad emptoris, ſed ad venditoris, favorem ſpectat in diem addictio: & licet unicuique ſuo commodo uti aut non uti, ſi velit: alterius commodo, eo invito, abuti nulli licet. plane, ſi hoc erat nominatim actum, ut liceret emptori reſilire; adhuc putat Ulpianus *d. l.* 9. diſſolutam eſſe priorem emptionem, etiamſi venditor ſequentem non admittat: clara ratione. ea ratio eſt; quod fidem pacti ſervari, bonæ fidei conſequens eſt. Similiter ſi pignus a creditore in diem addictum proponatur: obſervat Julianus, niſi adjectio recipiatur, non videri negotium a creditore agi bona fide cui eum in pignoris diſtractione ſervire oportet: præterquam ſi inops ſit emptor, & impediendæ tantummodo emptionis cauſa interveniat: tum enim poſſe creditorem ſine periculo priori emptori addicere, arbitratur *d. l.* 9.

Hæc; ſi unus ſit venditor. quid, ſi plures ſint, ipſique inter ſe diſſentiant: aliis poſteriorem conditionem probantibus, aliis abjicientibus? Ulpianus *l.* 11. §. *ult.* & *l.* 13. interjecta Pomponii ſententia ſic rem expedit. Item quod Sabinus ait, ſi tribus vendentibus, duo poſteriori addixerint, unus non admiſerit adjectionem, hujus partem priori, duorum poſteriori emptam, ita demum verum eſt, ſi variis pretiis partes ſuas diſtraxerunt: etſi diſpares partes vendentium fuerint. quod ſi uno pretio vendiderint, dicendum eſt, totam priori emptam manere: quemadmodum ſi quis mihi totum fundum ad diem addixiſſet, poſtea vero pretio adjecto dimidiam alii addixerit. Celſus quoque lib. 8. Digeſtorum refert, Mucium, Brutum, Labeonem, quod Sabinum exiſtimare. Ipſe quoque Celſus idem probat: & adjicit, mirari ſe, a nemine animadverſum, quod ſi prior emptor ita contraxit, ut ſi totum fundum emptum nollet habere, non habere eum eam partem emptam, quam unus ex ſociis poſteriori emptori addicere noluit. Verum eſt autem vel unum ex venditoribus poſſe meliorem adferre conditionem. emere enim cum tota re etiam noſtram partem poſſumus.

Tantum de forma & exitu addictionis in diem ſatis. reſtat actio qua reſoluta hoc pacto emptio, accipiat executionem. cum vero ſimilis hac in parte fuerit obſervatio legis commiſſoriæ: differamus eam, donec eo perveniamus ſequente Titulo.

TITULUS III.

De lege commiſſoria.

Forte anxiæ & nimiæ foret diligentiæ, multis velle quem hodie probare Legis appellatione in Rubrica indigitari pactum: cum ſatis notum ſit, quod in ea & vicinis aliis Lex ſæpe accipitur pro pacto venditioni adjecto; & quæ in præſenti eſt Lex commiſſoria, alibi pactum commiſſorium nominatur. Illud non ſilebo, quod commiſſorium pactum, vel lex commiſſoriæ venditionis *l.* 4. *C. de pact. int. empt.* & *vendit. compoſ.* videtur dici pari modo quo commiſſa in Rubrica *De publicanis*, & *vectigalibus*, & *commiſſis* dicuntur fiſco adquiſita in pœnam fraudantis vectigal. vult ſane commiſſoria venditio, & pactum commiſſorium, quid ſimile: convento, ut pretium certa die ſolveretur: alioquin ab emptione ſtatim atque commiſſa lex eſt, (ſic loquitur Ulpianus *l.* 4. §. 2. *h. t.*) abiretur, reſque empta ad venditorem reverteretur. Vix opus addi, hoc pacto informari naturam venditionis: nam abſque eo eſſet; quamvis non ſoluto pretio, neque finita intelligeretur emptio, neque eſſet rei venditæ & traditæ repetitio: ſed una ex vendito actio ad contractum ſolutione pretii adimplendum *l.* 14. *C. de reſcindend. vendit.* & *l.* 12. *C. de rei vindic.* Atque ita eſt: ut committatur, id eſt, finiatur, emptio in honorem venditoris, & pœnam emptoris, non ſoluto pretio, opus fuit pacto commiſſorio. adjectum vero ſervari,

vari, bonæ fidei conſequens fuit: quocumque modo concipiatur aut pure, aut ſub conditione. poteſt præterea formula comprehendi: ut ſi ſoluta intra certum diem non ſit pecunia, res inempta ſit. intra certum inquam diem. & ſic ſolet plerumque conveniri: eoque caſu poteſt lex, etſi interpellatus emptor non ſit, exerceri; debetque emptor, ſe ea volens liberare, pretium venditori ultro offerre: alioquin ſecurus non eſt: niſi forte non ſit cui offerat *l.* 4. §. *fin. D. h. t.* nam ut ait Ulpianus in *l.* 161. *D. de reg. jur.* in jure civili receptum eſt, quotiens per eum cujus intereſt, conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet. Sed formula legis commiſſoriæ non tantum adjecto die certo concipitur; verum poteſt ex ea etiam ſimpliciter agi ſine die; ut, ſi pretium non ſolvatur, res inempta ſit. tum vero emptor, ſi non ſolvat, non quidem ſtatim legem offendit, eaque tenetur ultro; ſed tamen poteſt poſt modicum tempus in mora venditoris interpellatione conſtitui *l.* 23. *D. de oblig. & act.*

Illud non prætermittam, quod licet hic ſit legis commiſſoriæ exitus, ut non ſoluto pretio res inempta ſit, aut inempta fiat: tamen placet Ulpiano *l.* 3 *h. t.* quod venditor Legem commiſſoriam, quæ in venditionibus adjicitur, ſi volet, exercebit: non etiam invitus. qua ratione? Pomponius *l.* 2. dat duplicem: una conſtat hiſce verbis: *quia id venditoris cauſa caveretur.* poteſt autem unuſquiſque ſuo jure, ſuoque commodo uti, ſi velit; invitus non cogitur. altera Pomponii ratio talis eſt. *Nam ſi aliter acciperetur, exuſta villa in poteſtate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuiſſet.* Vocula, *Nam*, hic Pomponio non eſt cauſalis, ſed ut alibi ſæpe, ſignificat *præterea*: & continet argumentum ſane bonum ab abſurdo. Poteſt igitur venditor lege commiſſoria, ſi volet, uti: ſin minus ei renunciare. Et ait Ulpianus *l.* 4. §. 2. *h. t.* Papinianum ſecutus, venditorem, ſtatim atque commiſſa lex eſt, ſtatuere debere, utrum commiſſoriam velit exercere, an potius pretium petere. poteſt igitur legi commiſſoriæ renunciare palam: nec minus tacite. fac: poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum non vindicationem inſtituit, ſed pretium petit, vel ejus partem, vel uſuras *l.* 4. *C. h. t.* veriſſime ait Hermogenianus *l.* 7. *D. h. t.* quod deinde nec variare, & ad hanc redire poteſt. idem ante probavit Ulpianus, Papinianum ſecutus *d. l.* 4. §. 2.

Nondum dixi omnia. adhuc reſtat: qualis ſit lex commiſſoria; pura, an conditionalis. Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* ſic ſcribit: *Si fundus commiſſoria lege venierit, magis eſt, ut ſub conditione reſolvi emptio, quam ſub conditione contrahi videatur.* Senſus, meo judicio, eſt, quod niſi aliter fuerit expreſſe actum, pura eſt venditio, ſub ea lege contracta: nec dubium; quin ex ea periculum ſtatim ſit emptoris *d. l.* 2. *h. t.* & dominium, facta traditione, ad eum tranſeat, ſi dominus fuit venditor, alioquin conditio uſucapiendi. De fructibus quid dicemus? Neratius *l.* 5. *h. t.* ita ſcribit: *Lege fundo vendito dicta, ut ſi intra certum tempus pretium ſolutum non ſit, res inempta ſit; de fructibus quos interim emptor percepiſſet, hoc agi intelligendum eſt, ut emptor interim eos ſibi ſuo quoque jure perciperet.* Hoc pendente legis conditione. Quid extante? Neratius *d. l.* 5. *Sed*, inquit, *ſi fundus venuiſſet, Ariſto exiſtimabat, venditori de his judicium in emptorem dandum eſſe.* Quam ob rem? *Quia*, inquit, *nihil penes eum remanere oporteret.* Senſus Neratii, quia res extante pacti conditione inempta habetur, poteſt venditor agere de fundo, & de his quæ ex fundo percepta ſint *l.* 4. *h. t.* Scævola *l.* 6. addit, & id quod arrhæ vel alio nomine datum ſit, apud venditorem manere. præterea ait ibidem §. 1. nec id quod acceſſurum dictum eſt, emptori deberi. Plane Ulpianus *d. l.* 4 §. 1. conſentit Neratio: exiſtimanti, habere rationem, ut interdum fructus emptor lucretur: videlicet, cum pretium quod numeravit, perdidit, idque humanitatis eſſe.

Satis de forma, & ratione, legis commiſſoriæ. quæris exitum, ſimul actionem qua venditori liceat reſoluta emptione jus ſuum exequi. eſt vero de hac eo diligentius tractandum: quia eadem fuit inſpectio in pacto addictionis in diem, hunc in locum ſuperiore Titulo rejecta. altera igitur pactio ſi in continenti adjecta fuerit contractui bonæ fidei; nemo dubitat, quin ex utraque venditori ad reſtitutionem rei venditæ competat in perſonam actio; ſed qualis, in controverſia olim fuiſſe, Ulpianus meminit *l* 4. *h. t.* Inter quos? non addit. verum mea fert opinio, fuiſſe inter Proculianos & Sabinianos: hiſce actionem ex vendito, illis in factum præſcriptis verbis, malentibus: & veriorem fuiſſe Sabini ſententiam, ſed Proculi obtinuiſſe, tamquam tutiorem, mihi perſuadeo: donec a Severo & Antonino conſtitutum eſt, ex vendito, id eſt, etiam ex vendito, actionem competere. ita accipio Ulpianum in *d. l.* 4. dicentem. *Et quidem finita eſt emptio: ſed jam deciſa quæſtio eſt, ex vendito actionem competere.* Nam ſic locutos eſſe Veteres ſæpe, alibi monui: & ex illo Decreto tandem receptam actionem utramque tam ex vendito, quam præſcriptis verbis, demonſtravi *lib. ſing. Ad Edictum De pact. & tranſact. c.* XI.

Præter actiones quas dedi in perſonam, an etiam rei vindicatio locum habeat, in dubium venit? quæſtio eſt, utrum emptor, an venditor, ſit dominus. rei enim vindicatio uni datur domino: alii non datur. quid dicimus? referre, quid actum ſit: non enim uno

modo

modo concipitur lex commiſſoria. primum venditione pure facta ſub ea lege, emptor venditæ & traditæ rei dominus factus, lege commiſſa ob non ſolutum pretium, dominus manet, quamdiu reſtituta non eſt *l.* 1. *D. h. t.* explorato, dominium jure civili non pactis nudis, ſed traditionibus transferri *l.* 20. *C. de pactis.* atque ita eſt, dominium rei traditæ, etſi venditio finiri poſſit, ad venditorem ſine traditione ipſo jure non pertinet: ſi quidem (ut in *l.* 2. *&* 3. *C. de pact. int. empt. & vendit. compoſ.*) quis ea lege prædium vendidit: ut, niſi reliquum pretium intra certum tempus reſtitutum eſſet, ad ſe reverteretur. tum enim, ſi non precariam poſſeſſionem tradidit, non habet rei vindicationem, ſed actionem ex vendito. nimirum, quia dominium pure tranſtulit, & pactus eſt, ut ad ſe commiſſa lege reverteretur. quod ſine traditione ex tali pacto fieri non poteſt. Idem eſt: ſi initio pactum conventum ſit: non ut inemptus ſit fundus; ſed ut inemptus fiat: nam tum quoque durat emptio; æque traditio ex ea facta: donec per actionem ex vendito & venditio reſcindatur, & res vendita reſtituatur. Itane? ſit fides Ulpiano *l.* 4. *D. h. t.* aliter eſt: Si ea lege prædium vendidiſti, ut niſi intra certum tempus pretium fuiſſet exolutum, res inempta eſſet, vel dominium ad emptorem pertineret. tum enim ſervanda eſt contractus fides, & danda venditori actio non in perſonam tantum, ſed in rem quoque. Videlicet, quia venditione hoc modo ſub conditione contracta, dominium ultro ad venditorem pertinet fictione juris, ac ſi venditio fuiſſet numquam contracta; & dominium rei ſine cauſa traditæ a venditore numquam abiiſſet. eum caſum, eamque actionem, me interprete, repræſentat *l. ult. D. h. t.* & *l.* 1. *C. de pact. inter empt. & vendit. compoſ.* ac ſecundum hæc accipiendus mihi videtur quoque Ulpianus *l.* 41. *D. de rei vindic.* Verba Ulpiani: *Si quis hac lege emerit, ut ſi alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: poſt allatam conditionem, jam non poteſt in rem actione uti. Sed [&] ſi cui in diem addictus ſit fundus, antequam adjectio ſit facta, uti in rem actione poteſt, poſtea non poteſt.* Proponitur addictio in diem facta: hac lege, ut, ſi alius attulerit meliorem conditionem, ab emptione diſcedatur. actum igitur; ut emptio ſit ab initio pura: ſed deinde meliore conditione allata, retro pro nulla habeatur: eoque venditori liceat ultro diſcedere ab emptione. in tali caſu poteſt emptor ante meliorem conditionem allatam, quia eſt dominus, in rem actione uti. poſt allatam adjectionem, id eſt, poſt allatam meliorem conditionem, uti ea non emptor poterit, ſed venditor: quaſi is propter illam conventionem ſemper dominus fuerit.

TITULUS IV.

De hereditate vel actione vendita.

Hic Titulus habet duas partes: una eſt de hereditate, altera de actione, vendita. utramque attigi Titulo primo hujus libri: executus, quæ res emi & vendi poſſint. oſtendi ibi, tales eſſe cum corporales, tum incorporales: quia non minus hæ, quam illæ, in rerum natura eſſe intelliguntur. Nunc cætera abſolvam: primas daturus hereditati. quæ ſi venierit; eſſe debet hereditas, ut ſit emptio: quando non alea emitur, ſed res: quæ ſi non ſit, non contrahitur emptio *l.* 7. *D. h. t.* fac: hereditas veniit ejus qui vivit, aut nullus eſt: ait Pomponius, nihil eſſe acti: quia in rerum natura non ſit quod venierit *l.* 1. *D. h. t.* Hoc, ſi hereditas vendatur ſimpliciter. At ſi actum eſt in venditione: *Si quid juris eſſet venditoris, venire; nec poſtea quidquam præſtitum iri:* contra ait Javolenus, quamvis ad venditorem non pertinuerit hereditas; nihil tamen eo præſtabitur: quia actum eſſe manifeſtum eſt, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret *l.* 10. *D. h. t.* Ulpianus *l.* 11. ſic præfatur: *Nam hoc modo admittitur, eſſe venditionem*, Si qua ſit hereditas, eſt tibi empta, & quaſi ſpes hereditatis: *ipſum enim incertum rei venit, ut in retibus.* Plane (quod ex Gajo in *l.* 12. ſubjicitur) ſi ſciens ad ſe non pertinere, ita vendiderit: tunc ex dolo tenebitur, atque, ut puto, ad id quod emptoris intereſt, ſe deceptum non eſſe. ſic accipio quod ex Paulo traditum *l.* 9. *h. t.* nam ſi inter ignorantes facta ſit venditio hereditatis quæ non ſit, pretium condicetur *l.* 7. *h. t.* Javolenus *l.* 8. ait, pretium dumtaxat, & ſi quid in eam rem impenſum eſt, emptorem a venditore conſequi. Additur ibidem, ſi eſt aliqua hereditas, ſed ad venditorem non pertinet, ipſam æſtimari. Reliquum eſt, ad quid teneatur venditor: & vice verſa, quid emptorem præſtare oporteat. His Edictum ne quære: nullum enim fuit; etſi aliquod confingat Ranchinus. Melius obſervat Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 30. ſolitas fuiſſe inter emptorem & venditorem interponi ſtipulationes emptæ & venditæ hereditatis: quarum meminit Imp. Juſtinianus §. 6. *Inſt. de fideicom. hered.* Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.* eas vocat ſatiſdationes: abuſus vocabuli proprietate. nam nudas repromiſſiones ſufficere, intelligitur ex *l.* 2. *C. h. t.* Formula ſtipulationis ex parte emptoris in *l.* 50. *D. de verb. oblig.* talis proditur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum eſt, quo minus perveniat*, (adde) tantam præſtari. Præ-

ter hæc verba, Formulæ etiam deſunt ſequentia, *Ex hereditate Titii.* illa ſupplet *l.* 97. *D. de verb. ſignif.* hoc modo: *Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te:* Quantum porro conjicio ex *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſign.* (nam ea ſpectat ad interpretationem hujus Formulæ) in ea etiam verba iſta fuere: *item quæcumque actio, petitio, perſecutio, eo nomine tibi competierit*, ea omnia recte præſtare ſpondes. Primum ſtipulatur emptor, tantam præſtari pecuniam, quanta ad te ex hereditate vendita pervenerit. Verba autem, *Ad te*, venditorem ſignificant. at Ulpianus *l.* 2. §. 4. *D. h. t. Non tantum*, inquit, *quod ad venditorem hereditatis, ſed etiam quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori reſtituendum eſſe.* Quærentibus porro, quid pecuniæ appellatione intelligatur: ait Celſus *l.* 97. *D. de verb. ſignif. Cum ſtipulamur*, Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, *res ipſas quæ pervenerunt, non pretia earum ſpectare videmur.* Et probo: ſi hereditas, in qua tantum erant corpora, ſit ante eorum diſtractionem vendita. tum enim videtur inter contrahentes actum; ut ipſa, non eorum pretia, præſtentur. At aliter ſe res habet; ſi in ea ab initio & numerata fuerit pecunia, & corpora: aut cum nihil eſſet, præter corpora, vendita eſt hereditas poſt aliquorum diſtractionem. tum enim obtinet quod Ulpianus *l.* 178. *D. de verb. ſignif.* (quæ eſt ex lib. ejus 49. Ad Sabinum, eoque conjungenda cum *l.* 2. *h. t.* quæ eſt ex eodem libro, & fere ad hanc formulam ſpectat) in hunc ſcribit modum. *Pecuniæ verbum non ſolum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc eſt, omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo eſt qui ambiget.* Sic cenſeo; & liquet ex *l.* 21. *& l.* 2. §. 3. *verſic. Sed & ſi rerum D. h. t.*

Vult igitur ſtipulatio, emptori a venditore præſtari pecuniam. Quantam? ait, quanta ad eum ex hereditate pervenerit. videlicet, quia hereditate vendita, omne venditur jus quod hereditatis fuit; id eſt, quidquid heredis fuiſſet, niſi venditio interveniſſet. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 2. *pr. D. h. t.* inter emptorem & venditorem agi; ut neque amplius, neque minus, juris emptor habeat, quam apud heredem futurum eſſet. ita cum in hereditate fuerint res hereditariæ, non eſt dubitandum, quin venditor eas tradere teneatur. quanta autem hereditas eſt, nihil intereſt *l.* 14. §. 1. *h. t.* niſi de ſubſtantia ejus affirmaverit *l.* 15. *d. t.* puto, quia hereditas non eſt corporis nomen, ſed juris, quod vel ſine corporibus eſſe poteſt. igitur ſufficit venditori, præſtare hereditatem ſuam eſſe, atque etiam de ea ſatiſdare, id eſt, repromittere; ut dixi: de ſingularum autem rerum evictione eum cavere, nihil attinet: quemadmodum nec tenetur ſingulas præſtare; ſi non hereditatis fuere. proinde tenebitur propter hereditatem, ſi ea evincatur: ſed evicto hoc aut illo corpore quod in hereditate fuerit, ejus nomine non tenebitur: quia non ſingula vendidit corpora quæ in hereditate erant: ſed, ut dixi, jus hereditate quæſitum, id eſt, quidquid commodi ex hereditate ad eum pervenerit. at quod evictum eſt, neque hereditatis fuit, neque ex ea pervenit. quare eo nomine non tenetur *l.* 1. *C. de evictionibus.* Plane de facto ſuo eum cogi ſatiſdare Ulpianus ait *d. l.* 2. *pr.* ſed de hoc poſtea. Nunc videamus, quid in ſtipulatione valeat hoc, *Ex hereditate.* Puto autem velle, venditorem tantam præſtare pecuniam, quanta propter hereditatem venditam ad eum pervenerit. Ab hac cauſa Ulpianus *d. l.* 2. §. 2. poſſe quæri, inquit, ſi etiam impuberi ſit ſubſtitutus is qui vendidit hereditatem teſtatoris, an etiam id quod ex impuberis hereditate ad eum pervenit, ex empto actioni locum faciat? Et magis putat, ne veniat. qua ratione? ait, quia alia eſt hereditas. Poterat aliquem mordere: quod in pupillari ſubſtitutione eſt unum teſtamentum patris & filii. Sed hoc non terret Ulpianum: qui, licet, inquit, unum teſtamentum ſit; alia tamen atque alia hereditas eſt. ſenſus Ulpiani: quod præſens quæſtio non ab eo pendet, quid ex teſtamento ad venditorem pervenerit: ſed quid ex hereditate vendita pervenerit: & quamquam in pupillari ſubſtitutione ſit unum patris teſtamentum; tamen unum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum §. 2. *Inſt. de pupill. ſubſt.* quarum una eſt patris, altera filii: vendita autem eſt hereditas patris, non etiam filii. perveniſſe igitur ex hereditate interpretamur; non quod propter teſtamentum in quo data eſt hereditas vendita, pervenit; ſed propter hereditatem in teſtamento vel ex lege datam. Ita Ulpianus; niſi aliud actum eſt: idque obtinere maxime, id eſt, ita demum poſſe; ſi, poſt delatam pupilli hereditatem, vendita ſit teſtatoris hereditas. Similis obſervatio eſt in lucris quæ magis perveniant occaſione hereditatis, quam propter hereditatem: nam nec illa præſtari, Ulpianus putat *d. l.* 2. §. 7. *D. h. t.* quia non ex hereditate perveniunt, licet veniant ex occaſione hereditatis. ſit exemplum, ſi quod non debitum exegerit: non poteſt negari, eum lucrum ſentire, atque occaſione hereditatis. at non ex hereditate, aut propter hereditatem. ait igitur Ulpianus, hoc ſervari; ut heres emptori non præſtet, quod non debitum exegerit.

Sed, ut hoc agamus, apparet, oportere tantam emptori a venditore præſtari pecuniam, quanta ex hereditate ad eum pervenerit: quaſi actum ſit inter contrahentes; ut emptor, quantum ad eos attinet, vicem heredis obtineat *d. l.* 2. §. 18. *h. t.* etſi alioquin venditor hoc contractu heres eſſe non deſinat, neque emptor heres eſſe incipiat; ſolumque hic

adverſus illum accipiat actionem perſonalem: ut ſibi præſtetur non plus, non minus, quam apud illum fuiſſet, ſi emptio non interveniſſet *d. l.* 2. *pr.* Hac porro ratione, atque hoc ſenſu Ulpiano placet, in eam non modo hæc venire quæ fuerunt tempore mortis, quo tempore cœpit eſſe hereditas; vel tempore aditionis quo tempore adquiſita eſt hereditas: ſed illa etiam quæ poſt mortem, vel aditionem hereditatis, acceſſerunt: quia vendita eſt hereditas adquiſita: & actum, ut quod ex ea pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur veniſſe *d. l.* 2. §. 1. Plus ait Ulpianus *d. l.* 2. §. 4. non ſolum quod jam pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit, reſtituendum eſſe: quia non vendita hereditate, heres vel hoe habuiſſet. Ab eodem fonte fluit, quod Ulpianus *d. l.* 2. §. 9. ait, Sicuti lucrum omne ad emptorem herediratis reſpicit, ita damnum quoque ad eumdem reſpicere oportere. Rationem ſuppeditat Ulpianus in *l.* 178. §. 1. *D. de verb. ſign.* (quam hujus loci eſſe, ſupra monui.) ea ratio eſt: quod hereditas non eſt corporis, ſed juris nomen; ideoque acceſſionem & deceſſionem in ſe recipit. quidquid igitur poſt mortem aut aditionem hereditatis acceſſerit, ut fructus, omne id præſtari debet, quia venditum eſt. vice quoque verſa, ſi quid deceſſerit interitu corporum, modo non heredis facto, id eſt, ejus dolo malo, aut culpa lata contigerit, id in præſtationem non venit. ut poſt dicetur. Inrerim perveniſſe ad venditorem hereditatis quomodo quid videatur, melius quæratur? Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. pluribus id exequitur. ſumma eſt, referre, utrum hereditatem heres vendiderit, nondum nactus corpora rerum hereditariarum, aut debita, aut pretia rerum venditarum; an poſtquam ea nactus fuit. priore caſu ſolæ pervenere actiones, ei ad perſequenda ea competentes. nihil igitur, præter eas, præſtare debet: quia non oportet emptorem plus habere, quam venditorem. Atqui dicitur, eum qui actionem ad rem habet, rem habere intelligi *l.* 15. *D. de reg. jur.* Eſto; ubi ratio deſiderat, a veritate interpretando recedi. at hæc in præſentia quæritur. ac ſecundum hanc Pomponius *l.* 204. *D. eod.* Minus, inquit, eſt, actionem habere, quam rem. Hac igitur ratione ſuadet Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. emptori actiones a venditore præſtari & tribui. quod quemadmodum fiat, paulo poſt attingam. Poſteriore caſu (qui eſt, ubi venditor corpora nactus eſt, vel debita exegit) ait Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. videri ad eum plenius perveniſſe. tenebitur igitur emptori ea jam plene præſtare. præterea addit Ulpianus, ſi pretia rerum ante venditam hereditatem diſtractarum, fuerit conſecutus, etiam hæc perveniſſe. De eo poterat dubitari quod in fine *d.* §. 3. *l.* 2. tractat Ulpianus, an rerum ante venditionem donatarum pretia præſtari, æquitatis ratio exigat. Incurrebat dubitatio: quod verbum, *perveniſſe*, ambiguum eſt, ſolumne hoc contineat, quod prima ratione, id eſt, primo adſpectu, fuerit, an id quod duret. Sed creditum eſt, ſufficere, pretia ſemel perveniſſe, modo cum effectu pervenerint, etſi venditoris facto perveniſſe deſierint: quia ſic habet quod ſibi imputet *l.* 155. *D. de reg. jur.* præterea donatione accipit beneficii debitorem, eoque locupletior factus videri debet *l.* 23. *D. de hered. petit.* Aliud eſt; ſi quid prima quidem ratione pervenit, ſed retineri non potuit: ſic enim cum effectu non pervenit. exemplum Ulpiano *d. l.* 2. §. 3. ſi heres, idemque venditor hereditatis, legatorum nomine quid præſtitit: non enim videtur, inquit Ulpianus, ad eum perveniſſe. idemque eſt, ſi quid æris alieni eſt, vel cujus alterius oneris herediraril: perveniſſe enim hæc merito negabitur; quia his ut pervenerint primo adſpectu, vendiror utique non eſt cum effectu locupletior factus.

Porro addit ſtipulatio, *Dolove malo tuo factum eſt, eritve, quo minus perveniat.* Hiſce vero verbis Ulpianus *d. l.* 2. §. 5. ait, ſignificari, ſi quid dolo malo eorum factum eſt, quo minus ad eos perveniat, & hoc emptori præſtandum eſſe. Feciſſe autem eum dolo malo inquit, quo minus perveniat, ſive alienavit aliquid; vel accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, ne de heredirate adquireretur, vel ne poſſeſſionem adipiſceretur, quam poſſet adipiſci. ſed & ſi non dolo malo, ſed lata culpa admiſerit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem & deminuta ſine venditoris dolo malo negat Ulpianus præſtari, etſi levis culpa intervenerir: niſi hoc modo negligens fuerit in cuſtodienda re quæ ad eum jam pervenerit *l.* 3. *D. h. t.* nam anre venditionem non peccavit: negligens rem cujus erat pleno jure dominus. cæterum cuſtodiam rei venditæ demum debet a die venditionis. inde igitur de levi culpa tenetur, exemplo cæterorum venditorum, atque ex communibus emptionis & venditionis regulis.

Poſtrema verba ſtipulationis emptæ hereditatis volunt, emptori a venditore præſtari quamcumque actionem, petitionem, perſecutionem, eo nomine ei competentem. Eam clauſulam exponens, ur dixi, Ulpianus *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* ait, actionis verbum eſſe & generale & ſpeciale. nam actionem dici, ſive ſit in perſonam actio, ſive in rem. illam in ſpecie actionem, hanc petitionem, vocari. porro actionem aliam eſſe ordinariam, quæ proprie dicitur actio, aliam extraordinariam quæ magis perſecutionis appellatione deſignatur: ut fideicommiſſorum, & ſi quæ ſunt aliæ quæ non habent juris ordinarii exſecutionem. quas ipſas quoque partim in rem, partim in perſonam eſſe, Papinianus ait *l.* 28. *D. de oblig. & act.* Quid igitur eſt? ſtipulatio vult emptori a venditore præſtari quamcumque actionem, petitionem, perſecutionem

nem, ei competentem, propter hereditatem: adeo (quod Ulpianus obſervat *d. l.* 2. §. 8.) non ſolum hereditarias actiones, ſed etiam obligationes quas ipſe heres conſtituit: ſic, fidejuſſorem accepiſſe ab hereditario debitore: ſed & ſi novaverit, vel in judicium deduxerit actionem, præſtare debere hanc ipſam actionem, quam nanctus eſt. Quo modo? ſit hoc, cum eas cedit, id eſt, mandat, emptori, ab eo tamquam a procuratore in rem ſuam exercendas. eſtque id neceſſarium emptori; volenti, uti actionibus directis, perſonæ heredis inhærentibus: aliter atque in utilibus *l.* 4. *C. h. t.* nam has emptor ex Reſcripto D. Pii habet proprio jure *l.* 16. *D. de pactis. l.* 55. *D. de procuratorib.*

Poſſet expoſita videri ſtipulatio emptæ hereditatis: niſi cupienti Juriſprudentiam adjuvare nefas eſſet, diſſimulare quæſtionem: cui adquiratur hereditatis portio, a venditoris coherede non adita: aliis emptori, aliis venditori, jus adcreſcendi adjudicantibus. Igitur ut ex ſolido componatur lis vetus & nobilis: duo erunt inveſtiganda. unum eſt, utri adcreſcat deficiens portio, emptori, an venditori: alterum, an teneatur venditor, quod ei adcreverit, actione ex ſtipulatu aut ex empto in emptorem transferre. Quod ad prius attinet: mea fert opinio, deficientem hereditatis partem non emptori, ſed venditori, adcreſcere; atque optima ratione: ſervantibus, ut oportet, juris formam. illa ratio eſt, quod venditor adita hereditate heres factus, ea vendita heres manet, nec minus retinet hereditatem: eo quod illa etiam ſine ullo corpore habet juris intellectum *l.* 50. *D. de hered. petit.* contra emptor cui a venditore præſtatur quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, non idcirco fit heres; nec tam accipit hereditatem, (quæ tantum ex teſtamento, aut lege ab inteſtato defertur *§. ult. Inſt. Per quas perſon. cuiq. adq.*) quam bona hereditaria; &, ut Ulpianus *l.* 18. §. 2. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* ait, quod fuit hereditatis; in eoque habetur ſucceſſor, non jam univerſalis, ſed ex empto particularis: nam emptio & venditio numquam annumeratur cauſis aut modis adquirendæ aut amittendæ hereditatis, id eſt, univerſitatis. Sed ceſſo, rem certam atque indubitatam tanto opere firmare: olim quaſi per manus tradito, eum qui ſeme heres factus, nulla poſſe ratione efficere, ne heres ſit, ut ut tranſlatis aut amiſſis bonis hereditariis *l.* 88. *D. de hered. inſtit. l.* 43. *§. ult. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Æque claret, actiones directas venditori & adverſus venditorem, quaſi heredi & adverſus heredem, vendita hereditate, competere *l.* 2. *C. de hered. vend.* Hoc vero ſi eſt: dic, ſi potes, quo indicio, aut quo colore, evincas, portionem coheredis potius emptori hereditatis, quam venditori, adcreſcere. an cuiquam incognitum eſt, jus adcreſcendi tantum obtinere inter conjunctos *l.* 6. *D. de bonor. poſſeſſ.* nec eſſe tales, præter coheredes: uno fine juris adcreſcendi, ne defunctus heredem habeat pro parte. Sed res loquitur, portionem hereditatis, coherede deficiente, non emptori, ſed venditori hereditatis, tamquam coheredi, adcreſcere invito & ignoranti *l.* 53. *D. de adq. hered.* Fiet hoc teſtatius exemplo partis hereditatis ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtitutæ: ſi deinde deficiat coheres fiduciarii. utri enim adcreſcit ejus portio: fideicommiſſario, an fiduciario? ſi ſapis, hunc dices: ſciens, jus adcreſcendi non habere locum; niſi inter conjunctos: qualis non eſt fideicommiſſarius, ſed fiduciarius: qui aditione hereditatis heres factus, ejus reſtitutione heres eſſe non deſiit. Scio: fideicommiſſarius ex Senatuſconſulto Trebelliano heredis loco habetur; eique & in eum, tamquam heredi & in heredem, dantur a Prætore utiles actiones §. 4. *Inſt. de fideic. hered.* Sed cave, putes, ob id fieri heredem jure civili: aut ſuccedere in jus quod heres habet magis beneficio legis, quam ex defuncti voluntate: quale eſt jus adcreſcendi, heredi etiam invito & prohibente teſtatore competens. putemus igitur, portionem deficientis coheredis ex ſubtilitate juris non fideicommiſſario, ſed fiduciario adcreſcere. At enim Ulpianus *l.* 43. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* ſic ſcribit: *Papinianus tractat: ſi quis heres inſtitutus ex ſemiſſe, rogatus ſit reſtituere hereditatem, & eam ſuſpectam dicens, compulſus adit, deinde fideicommiſſarius ignarus ſit, adcreviſſe portionem hereditatis poſt reſtitutionem ſcripto heredi: an opus ei ſit alia actione? Et ait, ſecurum eſſe poſſe. de illo plane* [*loco*] *ſolo quærendum ait, an ei opus ſit nova reſtitutione, poſteaquam ei portio adcrevit.* Hæc recepta lectio: ipſa moleſta Nobilibus Interpretibus: interque hos D. Cujacio *lib.* 12. *Obſ. c.* 12. pro *ignarus* legenti, *gnarus*; item, *aditione*, pro *actione*. Mihi prior Cujacii conjectura neceſſaria videtur: poſterior ſupervacua: apta voce, *actione*, perſecutionem extraordinariam, qualis eſt fideicommiſſi, in præſentia deſignante *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* Igitur ait Ulpianus, (ad quem veniendum) Papinianum putaſſe, deficientem portionem fideicommiſſarii jure adcreſcendi fieri. quod his quæ dicta ſunt, repugnat. Sed eſt obſervandum, quod fiduciarius in caſu quem tractat Papinianus, non ſponte adiit hereditatem, ſed a Prætore coactus ex ſecundo capite Senatuſconſulti Pegaſiani: eoque omni privatur commodo quod ex teſtamento habuiſſet, ſi hereditatem ſponte adiiſſet *l.* 4. *l.* 27. §. 2. *D. Ad Senatuſc. Trebell.* nec tamen Ulpianus vel ſic negat, portionem deficientis heredis heredi ſcripto ſubtili jure adcreſcere: quamquam vult, eum teneri, eam reſtituere exemplo portionis in quam inſtitutus fuerat. unum annotabo; quod Ulpianus, quæſito, an fideicommiſſario nova opus ſit actione, ſive nova per-

perſecutione, ſive nova poſtulatione decreti extraordinaria, ea in ſpecie adhiberi ſolita, ex ſententia Papiniani ait, ſecurum eſſe eum poſſe, id eſt, non habere tali opus poſtulatione. Addit, de illo plane ſolo quærendum; an ei, poſtquam portio adcrevit, nova opus ſit reſtitutione? ſenſus eſt: Licet nulla indigeat poſtulatione novi decreti quo heres compellatur, hereditatem iterum adire: tamen ei nova opus eſt reſtitutione; quia portio deficiens utique heredi ſcripto ipſo jure adcrevit. Quod ſi eſt: profecto liquet, hereditate ſponte adita & reſtituta a fiduciario, portionem coheredis deficientis deinde non adcreſcere fideicommiſſario, licet habeat bona hereditaria: ſed fiduciario, quem vel his reſtitutis, heredem eſſe, & hereditatem jure civili retinere, negari neque poteſt, neque debet. Quod ſi eſt: idem multo verius dixerim; vendita hereditate, ſi quæratur; utrum emptori, an venditori, adcreſcat portio coheredis: nulla dubitatione, neque emptorem hereditatis emptione heredem fieri, ut maxime ei a venditore præſtetur quod ex hereditate pervenit; neque venditorem deſinere heredem eſſe, quamvis omne quod hereditatis fuerit, emptori præſtiterit. Proinde ne illud quidem me hinc ſeducit, quod ex *l.* 33. §. 1. *D. de uſufructu* paſſim jactatur, portionem portioni, velut in fundi alluvione, adcreſcere: cum bona hereditaria, emptori a venditore præſtita, portione hereditatis in præſentia non cenſeantur: ſed portio hereditatis quam apud venditorem eſſe, cum ex ſuperioribus claret, tum præterea ex Ulpiano *l.* 4. § *ult. D. Si quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Verum adhuc vexat te Ulpianus *l.* 83. *D. de adq. hered.* ſic ſcribens: *Si totam an partem ex qua quis heres inſtitutus eſt, tacite rogatus ſit reſtituere; apparet, nihil ei debere adcreſcere. quia rem non videtur habere.* Ita Florentiæ editur, *totam an partem.* in quibuſdam libris eſt, *totam eam partem.* at pro Florentina lectione ſtat Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 7. *& lib.* 3. *c.* 38. argumentis non contemnendis, quamquam in re levi. Proponitur Titius heres ex ſemiſſe inſtitutus, teſtatori tacitam accommodaſſe fidem de tota ea parte perſonæ incapaci reſtituenda. fraude illa detecta, ei fiſcus portionem hanc ex Lege Julia & Papia aufert tamquam indigno. mox defecit coheres. quæritur, an Titio adcreſcat coheredis portio? ait Ulpianus, nihil ei debere adcreſcere: hac addita ratione: quia rem non videtur habere. Inde poſſit quis ſic argumentari: Si venditor hereditatis jure adcreſcendi gaudet, quaſi videatur rem habere, poſtquam emptori præſtitit quod ad ſe pervenit: ergo eum quoque qui teſtatori tacitam accommodavit fidem, jure adcreſcendi frui oportet: nam & hic heres permanet, quamvis amiſſis bonis hereditariis. at poſterius refutat locus præſens. quid ni igitur & prius a vero aberrare exiſtimetur? Vides argumentum in ſpeciem grave ex *d. l.* 83. ſed in rem præſentem venientibus, levis momenti. Ain' vero? Ille cui portio deficiens in *d. l.* adcreſcit, non eſt fiſcus, ut creditur: ſed inſtitutus heres; licet bona ei, tamquam indigno, a fiſco ſint ablata. quam ob rem? quia is heres manſit ſubtili jure. putemus Ulpiani verba. non ait, nihil ei adcreſcere: ſed nihil debere ei adcreſcere. ſinit igitur, heredi ſcripto adcreſcere deficientem portionem: ſed non vult, ei ſic adcreſcere; ut poſſit eam per Legem retinere. imo vult ei quod adcrevit, Legis ſeveritate auferri. loquitur igitur Ulpianus de effectu Juris: non de ejus ſubtilitate qua de noſtra eſt diſputatio. Nec alio ſpectat ſubjecta ratio: *Quia rem non videtur habere.* ſenſus: quod heres ſcriptus habet quidem rem, ſed non poteſt retinere: habere igitur non intelligitur. Illud mirere; quod, cum lege ei auferatur adquiſitum jure adcreſcendi, non æque ei auferatur commodum pupillaris ſubſtitutionis *l.* 43. §. *ult. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Sed refert, quod jus adcreſcendi magis legi debetur, quam voluntati teſtatoris. contra pupillaris ſubſtitutio magis teſtatoris voluntati, quam legi, debetur. heres porro teſtatori tacitam accommodans fidem, non offendit teſtatorem, ſed legem. paret enim teſtatori; licet fraudare legem cogitat. peccans igitur contra legem, merito habetur indignus legis beneficio: at non idcirco eſt indignus judicio teſtatoris. quid ni igitur admittatur ad pupillarem ſubſtitutionem: ut non admittatur ad jus adcreſcendi? Hactenus de priore quæſtione.

Succedit altera; an teneatur venditor, quod ad eum jure adcreſcendi pervenerit, emptori præſtare actione ex ſtipulatu aut ex empto? Forte dices, teneri; ſi id ſit inter contrahentes actum. Mihi vero prior ratio videtur credere, venditorem, etiam cum nihil eſt actum hac in parte, emptori præſtare quidquid jure adcreſcendi ad eum venerit; quaſi hereditate vendita, venditus ſit effectus univerſi juris quod ad venditorem ex hereditate, ea non vendita, perveniſſet. ita oportet emptorem habere non plus, non minus, quam venditoris fuiſſet, quocumque tempore pervenerit, ſive mortis defuncti, ſive aditionis, ſive venditionis, aut deinceps *l.* 2. §. 1. *&* 4. *D. h. t.* atque hoc eſt, quod in §. 18. *d. l.* dicitur, *Æquiſſimum eſſe, emptorem hereditatis* (venditoris reſpectu: ſic enim interpretor) *vicem heredis obtinere.* proinde quid reſtat? niſi ut putemus, venditorem quod ei, tamquam heredi, ex hereditate adcreverit, emptori actione ex empto aut ex ſtipulatu præſtare oportere. Non me de gradu, quem hic cepi, dejicit forte ſecutura hinc mercis & pretii inæqualitas. Nam cum hereditas emitur, niſi de ſubſtantia quid adfirmetur *l.* 15. *h. t.* fere ſpes emitur, ut in rebus: nec fuerit iniquum

quum, ex ſpe ſicut periculum, ita emolumentum, ad emptorem pertinere *l.* 10. *&* 11. *D. h. t.* licebitque mihi huc revocare hoc Pauli *l.* 14. §. 1. *D. eod.* *Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas eſt, nihil refert.*

Tantum de ſtipulatione emptoris. Quæ venditoris? non extat formula. licebit tamen talem confingere: *Quantam pecuniam ejus quod defunctus debuit, dedero, ſolvero, præſtitero, hereditario nomine, tantam pecuniam dare ſpondes.* Huic conjecturæ teſtimonium præbet cum Julianus *l.* 18. *h. t.* tum Ulpianus *l.* 178. §. *ult. D. de verb. ſignif.* ſic ſcribens: *Hoc verbum*, debuit, *omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuerit perſecutio.* Ulpiani ſenſus: emptorem hereditatis promittentem venditori reddere quidquid ejus quod defunctus debuerit, hereditario nomine ſolverit, comprehendere omne defuncti debitum quali quali actione. Eſtque hoc rationis: nam ſicut lucrum omne ad emptorem hereditatis pertinet, ita damnum quoque debet ad eumdem reſpicere *d. l.* 2. §. 9. *h. t.* Igitur ſpectant huc impenſæ a venditore factæ tamquam ab herede & hereditario nomine: ut ſunt exempla in *d. l.* 2. §. 10. 12. *&* 14. modo venditori aliquid abſit eo nomine. cæterum, ſi nihil abſit, conſequens erit dicere, non competere ei actionem *d. l.* 2. §. 11. His oneribus accedunt vectigalia publica & tributa *d. l.* 2. §. 16. item impenſæ funeris §. 17. nec minus æs alienum defuncti: ſive extraneo debuerit, ſive ipſi heredi: licet hic confuſione creditor eſſe deſierit: quia æquiſſimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere, & idcirco venditori hereditatis teneri *d. l.* 2. §. 18. quomodo & ſervitutes confuſione amiſſas, venditori reſtituere debet *d. l.* 2. §. 19. Sed ut ad æs alienum revertamur, tenetur hoc emptor venditori reſtituere: ſine diſcrimine, utrum defunctus id debuerit tempore mortis, an in diem, aut ſub conditione, quæ poſtea extiterit. illa eſt deliberatio, an poſſit ejus debiti eſſe actio adverſus heredem; ne forte etiam ex his cauſis ex quibus cum herede actio non eſt, cum emptore agatur *d. l.* 2. §. 18.

Eſt & alia obſervatio circa æs alienum ab emptore in ſe ſuſceptum; ne is à creditoribus eo nomine conveniatur: nam hoc jura non ferunt. nec tamen ignoro, ſic placuiſſe, hereditate a fiſco vendita *l.* 1. *C. h. t.* verum æque ſcio, quod in honorem fiſci eſt ſingulari ratione conſtitutum, ad conſequentiam produci non oportere: explorato, venditorem hereditate vendita heredem manere, neque emptorem ob eam emptam heredem eſſe incipere. ita liceat emptori, actiones ultro, ſi velit, ſuſcipere: detur etiam venditori exceptio adverſus creditores, ad eum revertentes: (ut fit in *l.* 2. *C. de pactis.* ex profeſſo a me expoſita *lib. ſing. Ad Edict. de pact. & tranſact. cap.* 2. *pag.* 489.) non cogitur tamen emptor eas invitus ſuſcipere. quid hæremus? clare Antoninus Floriano cuidam ſic reſcribit *l.* 2. *C. h. t.* *Ratio juris poſtulat, ut creditoribus hereditariis & legatariis ſeu fideicommiſſariis te convenire volentibus tu reſpondeas: & cum eo cui hereditatem venumdediſti tu experiaris ſuo ordine.* Addit, *Quamvis ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis ſatisfaciat: excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non poteſt.* Antoninus ſignificat, quod emptor hereditatis non poteſt ideo quod in ſe recepit onus æris alieni, a creditoribus ad ſolutionem cogi actionibus directis, ſi inter eos nulla intervenit ſtipulatio; neque utilibus, quia id nuſquam proditum. Nec me movet, quod in fideicommiſſis tale quid obtinuit adverſus fideicommiſſarium, reſtituta hereditate. nam id Senatuſconſulto Trebelliano effectum, ad emptorem hereditatis ſine ſimili auctoritate producendum non eſt.

Alia eſt præterea obſervatio in *l.* 18. *h. t.* ſpecies talis: Titius pecuniam ſub pœna debens, mortuus relictis pluribus heredibus. unus ante quam hereditatem adirent cæteri, omnem ſolvit pecuniam ab hereditate debitam, eamque ſic a pœna liberavit. idem mox ſuam vendidit portionem. non eſt dubium, quin habeat actionem familiæ erciſcundæ adverſus coheredes pro quibus neceſſe habuit integram ſolvere pecuniam, cum non poſſet ſibi negotium gerere *l.* 25. §. 13. *D. Famil. erciſc.* Illud quæritur, ſi non poſſit a coheredibus, propter eorum egeſtatem, recipere ſoluti partem: an ei jus ſit, eo nomine adverſus emptorem hereditatis experiri actione ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio intervenerit, alioquin ex empto? ait Julianus. qua ratione? quia ſolvit hereditario nomine, tamquam coheres: & æquiſſimum viſum eſt, emptorem hereditatis heredis vicem obtinere non in commodis tantum, ſed in incommodis quoque.

Hæc, ſi venditor jam aliqua ſolvit. quid, ſi adhuc nihil erogavit: verum quoquo modo obligatus ſit propter hereditatem? vel hoc nomine agere cum emptore poteſt *d. l.* 2. §. 20. *D. h. t.*

Altera Rubricæ pars eſt de actione vendita. in qua jam non quæremus, an vendi poſſit actio: hoc enim tractavimus ſupra; ſed quæ poſſit vendi actio; item quid ea venditione comprehendatur; tum quis ſit effectus venditæ actionis. Primum dicam poſſe vendi actionem, etſi obligatio ex qua illa naſcatur, ſit in diem, aut ſub conditione *l.* 17. *D. h. t.* Non magis refert, utrum ſit in perſonam, an in rem *l. ult. C. d. t.* Nec opus debitoris conſenſu: quia actio, quæ alienatur, non eſt debitoris. creditor contra eam alienat jure proprio: cujus ipſe eſt moderator; debitor non eſt. Hoc clare Alexander *l.* 3. *C. eod.*

Verba: *Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adverſus quem actiones mandantur, contrahi ſolet.* Sequens locus eſt, quid hac venditione comprehendatur. ſic autem cenſeo, actionis aut nominis appellatione non venire rem debitam; ſed jus eam in judicio perſequendi §. 2. *Inſt. de reb. corp. & incorp. pr. Inſt. de actionib.* proindeque actione aut nomine vendito, non rem debitam aut ejus dominium intelligi venditum; ſed jus eam petendi, perſequendique. *l.* 8. *C. h. t.* Inde Ulpianus *l.* 4. *h. t.* Si, inquit, nomen ſit diſtractum, Celſus lib. 9. Digeſtorum ſcribit, locupletem eſſe debitorem, non debere præſtare: debitorem autem eſſe, præſtare, niſi aliud convenit. Sufficit igitur venditori, præſtare actionem: & (quod ex Paulo ſubjicitur *l.* 5.) ſine exceptione quoque; nam cum exceptio ſit quaſi quædam excluſio actionis *l.* 2. *D. de except.* nil intereſt, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.* Hoc ita eſſe, inquit Paulus *d. l.* 5. niſi quid in contrarium actum ſit. & addit, ſi certæ ſummæ debitor dictus ſit, in eam ſummam teneri venditorem: ſi incertæ, & nihil debeat, quanti intereſt emptoris. Ordo ducit me ad effectum venditæ actionis. is eſt, ut venditor, quidquid compenſatione vel exactione fuerit conſecutus, integrum emptori reſtituere compellatur *l.* 23. §. 1. *h. t.* quod ſi nihil accepit: debet actionis quam adverſus reum principalem habet, omne jus quod jus ei ex ea cauſa competit, tam adverſus ipſum reum, quam adverſus interceſſores hujus debiti cedere: niſi aliud actum eſt *d. l.* 23. *pr.* debet & pignoris perſecutionem præſtare: ejus quoque quod poſtea accepit: nam beneficium venditoris prodeſt emptori *l.* 6. *h. t.* Nil egero præter propoſitum, præterea monens; quod non poteſt emptor actionis eam, niſi a venditore cujus perſonæ inhæret, ceſſam, adverſus debitorem exercere jure civili. dicitur autem cedi actio: cum venditor hanc emptori mandat, ab eo tamquam a procuratore exercendam in rem ejus: unde is procurator in rem ſuam appellatur. Sic in actionibus directis. quid in utilibus? has poteſt emptor proprio nomine ſine ceſſione ultro inſtituere. Non hoc debetur juri civili, nec diſputationi Prudentum; ſed Reſcripto D. Pii ſic conſtituentis, hereditate ab herede vendita *l.* 16. *D. de pactis.* idem placuit, actione vendita *l.* 8. *C. h. t.* aut legata *l.* 18. *C. de legat.* itemque in ſpecie *l.* 1. §. 13. *D. de tut. & rat. diſtr.* In ſocietate vero omnium bonorum in qua item ſint nomina, ſimile non reperio. contra video in *l.* 1. §. 1. *l.* 2. & 3. *D. Pro ſocio* ſic dici: *In ſocietate omnium bonorum omnes quidem res quæ coëuntium ſunt, continuo communicantur: quia licet ſpecialiter traditio non intervenerit, tacita tamen creditur intervenire. ea vero quæ in nominibus ſunt manent in ſuo ſtatu, ſed actiones invicem præſtare debent.* Video etiam idem a Juliano notari in peculio *l.* 16. *D. de pecul.* Sine dubio, quia in his ſpeciebus defecit Conſtitutio quæ in ſuperioribus utiles actiones induxit. ideoque ad has porrigere ejus vim ſine auctoritate Principali auſa non fuit Juriſconſultorum verecundia: repugnante jure ſummo. Ut ut erit, quod de utilibus actionibus dixi, primum placuit in actionibus perſonalibus: deinde porrectum ad actiones in rem: idque certi & indubitati juris eſſe, ait Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* Hæc ſic obtinuere ad Principatum Imp. Anaſtaſii: qui in nominum actionumque venditione aliquid mutavit *l.* 22. *C. Mandati* cui addenda ſequens Juſtiniani *l.* 23.

TITULUS V.

De reſcindenda venditione, & quando licet ab emptione diſcedere.

Poſtquam eſt dictum de emptoris & venditoris conſenſu, item de merce & pretio, quibus emptionis & venditionis forma ac ſubſtantia perficitur: age, perfectæ effectus ſubjiciamus. Primus eſt, quod emptio & venditio, mutuo emptoris & venditoris conſenſu perfecta, alterius pœnitentia, altero invito, reſcindi nequit. Liceret defungi generali regula: quæ dictat, contractus ab initio eſſe libertatis, poſtea fieri neceſſitatis *l.* 5. *C. de oblig. & act.* ſed malo adferre, quod de emptione & venditione nominatim ſic ſcribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de reſcind. vend.* *De contractu venditionis & emptionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur.* Et addunt, *Nec ex reſcripto noſtro.* Item, *Quo jure fiſcum noſtrum uti ſæpe conſtitutum eſt.* Nimirum, quia Princeps, etſi legibus ſolutus, tamen legibus vivens, alteri jus ſuum auferre non poteſt. Sit igitur emptionis perfectæ exitus: ne alterius pœnitentia, altero invito, reſcindatur. utique, ubi nullæ intervenerunt arrhæ: imo vel his datis. nam earum datio emptionem numquam infringit: magis confirmat. itane? rem putemus. ſi non licet alteri, altero invito, renunciare emptioni ſine arrhis contractæ: quo modo licebit ab ea abire, arrhis datis? non eſt enim arrhæ datio ſolutæ emptionis argumentum aut cauſa. contra habetur pro argumento perfectæ. nec fas eſt, pro cauſa reſcindendæ emptionis adhiberi arrham, qua ejus perfectio probatur. quando eſt perfectæ emptionis exitus, ut invitos teneat. Sit ita jure vetere: at novo aliter ſtatuit Juſti-

Juſtinianus *pr. Inſt. de empt. & vend.* palam confeſſus, arrhis ſubſecutis, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis, venditio celebrata eſt, emptorem quidem qui recuſat adimplere contractum, perdere quod dedit; venditorem vero duplum reſtituere compelli; licet ſuper arrhis nihil expreſſum eſt. Dat igitur, propter arrhas datas, pœnitentiæ locum; non modo ſi aliquid adhuc deſit emptioni ſcriptæ aut non ſcriptæ: ſed etiam, ſi illa jam celebrata, id eſt, omni modo perſecta & abſoluta ſit. Verum videamus; ne Juſtinianus diſtinxerit emptionem adhuc faciendam a jam facta. in poſteriore ſpecie ait, ſe intactum reliquiſſe jus vetus: in priore aliquid novi induxiſſe. Ita eſt: vetuit, emptionem ſcriptam deinceps ſolo perfici conſenſu de re & pretio: imo juſſit, conſenſum quo emptio contrahitur, demum ſcripturæ abſolutione perfici; & conſequenter conventione de re & pretio magis fieri pactionem de emendo & vendendo, quam emptionem & venditionem. Atque ut hoc in emptionibus ſcriptis conſtituit; ſic juſſit, idem in non ſcriptis obſervari. Præterea in his permiſit, quamdiu de re & pretio non omnino convenit, (ut ſunt tales caſus in *l. 35. §. 5. D. de contrab. empt.*) arrhas dari eum in finem; ne tale placitum de emendo temere negligatur, hoc prætextu, quod ex pacto non naſcitur actio. Egiſſe hoc in *d. pr. Inſt. d. t.* Juſtinianum, ſuadent complura. Primum eſt; quod is dicit, ſe in emptione non ſcripta nihil innovaſſe. Alterum eſt, quod non ſcriptam emptionem comparat cum ſcripta, ſed imperfecta: ut vero apta ſit hæc comparatio, etiam intelligenda non ſcripta eſt de caſu quo nondum eſt perfecta. Inſuper facit, quod *d. pr.* eſt deſcriptum ex *l. 17. C. de fid. inſtrum.* ideoque ſi quid ſit alicubi obſcure, aut negligenter ſcriptum; rationis eſt, difficultati ſubveniri collatione *d. l.* 17. quæ ſit clarior: ſicut huc ipſe ſe remittit Juſtinianus in *d. pr.* Ille certe in *d. l.* 17. non utitur præterito tempore, ſed futuro: non enim dicit, venditio *celebrata*, ſed *facienda* emptio. ſimiliter non dicit, *qui vendidit*, ſed *qui vendere pollicitus eſt.* item non dicit, *qui emit*, ſed, *qui emere pactus eſt.* manifeſto argumento, illa ne in Inſtitutionibus quidem oportere in præterito tempore intelligi: ſed *celebratam* emptionem vel ibi pro *celebrandam* accipi: non inuſitata temporum mutatione, etiam alibi a me animadverſa. Poſſit quoque iſtud, *Sive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt*, in *d. pr.* ſic explicari, quaſi ſit, Si actum eſt; ut venditio vel in ſcriptis, vel ſine ſcriptis celebretur. quomodo ſæpius apud Auctores, cum noſtros, tum alios, verba non effectum, ſed conatum, indigitant. Verum hoc oſtendi *lib. 2. Probabil. c. 6. n. 3. & c. 11.*

Abrumpamus hoc filum, & revertamur ad juris regulam. ex ea non poteſt quidem perfecta utriuſque conſenſu emptio, unius diſſenſu diſſolvi: ſed eam contrario utriuſque conſenſu reſolvi, nihil impedit: nimis noto, uoumquodque eodem diſſolvi modo quo colligatur *l. 35. D. de reg. jur.* nec male apud Paulum Julianus *l. 3. D. de reſcind. vend.* negat, deinde ex empto agi poſſe: hac optima ratione, quod bonæ fidei judicio, quale eſt ex empto actio, exceptiones inſunt, ideoque emptionem ipſo jure infirmant. Sic; quamdiu res eſt integra. non idem eſt; ſi deſiit eſſe talis, forte pretio ſoluto, aut re tradita: niſi actus quoque priori ſimilis retro agens venditionem, interceſſerit *l. 1. C. Quand. lic. ab empt. reced. l. 58. D. de pact. l. 2. D. de reſc. vend.*

Poteſt igitur emptio venditio reſcindi contrario emptoris & venditoris conſenſu. an etiam ſine eo? poteſt: ſi intervenerit dolus, aut metus, aut error. tum enim contractum valere, bona fides non patitur. Sed de dolo & metu quia ex profeſſo egi *lib. ſing. De form. emend. dol. mal.* licebit mihi in præſentia ſupervacuo parcere labori. De errore vero, ut res meretur, curatius diſputabo. Errorem conſenſui eſſe adverſum, omnes recte cenſent. conſtat enim conſenſus ex duobus, puta ex intellectu & voluntate: ac ſicut voluntatem vis & metus, ita intellectum error excludit: imperitiam detegens. hac igitur ratione Ulpianus, non videri inquir, qui errant, conſentire *l. 116. D. de reg jur.* Cæterum error eſt alius in corpore, alius in nomine, alius in ſexu, alius in qualitate, alius in pretio. Ulpianus ſic ait *l. 9. D. h. t. Sive in ipſa emptione diſſentient, ſive in pretio, ſive in quo alio, emptio imperfecta eſt.* Generalis eſt is ſermo: *Sive in quo alio.* Ciceronem audi *Agraria* 11. *c. 15. p. 441. ad fin. Longum putavit & timuit, ne quid præteriret: adſcripſit*, Aliudve quid. *qua brevitate rem nullam eſſe exceptam videtis.* Sed rem videamus. Error primus cadit in corpus: ut, ſi ego me fundum emere puto Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putaſti: tum vero Ulpiano *l. 9. h. t.* nulla videtur emptio, quaſi imperfecta ſit; ubi apparet, contrahentes non conſentire de re quæ venditur: ut ſubſtantia emptionis poſtulat. Altera inſpectio eſt, ſi in nomine erretur, cum de corpore conſtat. hic vero magis eſſe Ulpianus putat, ut emptio valeat *d. l. 9. §. 1.* nec ſine ratione: reperta enim ſunt nomina rerum ſignificandarum gratia: quæ ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil refert §. 29. *Inſt. de legat.*

Difficilior eſt tertia Ulpiani deliberatio, quid juris ſit: ſi non in ipſo corpore, ſed in ſubſtantia, vel, quod idem, in qualitate, ſeu materia (ſimili enim modo hæc accipiuntur *l. 9. §. 2. & l. 14. h. t.*) ſit erratum. pone: acetum pro vino venditum, æs pro auro, plumbum pro argento, vel quid aliud ar-

argento ſimile? ait Ulpianus, Marcellum ſcribere, emptionem & venditionem eſſe: & cauſari, quod utique in corpus conſenſum eſt; etſi admiſſus error ſit in materia, id eſt, in qualitate, ſeu ſubſtantia. Atque ipſe in vino conſentit, ſi modo vinum acuit. & pro ratione ſubjicit; quia eadem prope eſt οὐσία, id eſt, ſubſtantia. ſenſus, acetum aliquid ex vino retinere, ſi vinum acuit: cæterum, ſi non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma, id eſt, intinctus, aliud pro alio veniſſe. in cæteris, id eſt, cum æs pro auro, venit, plumbum, ſive ſtannum, pro argento, nullam eſſe venditionem, quotiens in materia erratur. Sic Ulpianus in *d. l.* 9. §. 2. idque in *l.* 11. (quæ eſt ex eodem libro 28. Ad Sabinum ex quo eſt *d. l.* 9. ideoque ei jungenda) exponit exemplo hoc pulcherrimo: Cœcus emit rem quæ dicebatur aurea. ea reperitur ænea. ita venditum eſt corpus certum: ſed in materia erratum. an valet emptio? negat Ulpianus. Atqui conſenſum eſt in corpus. Nempe ſub conditione, ſi ſit aureum; ut præ ſe ferebat venditor. aliter non conſentit cœcus qui non videt. utique corpus, quod voluit, non eſt aureum; ſed eſt æneum, quod noluit: deficiente conditione in quam conſenſit, non eſt emptio. Hoc in cœco manifeſtum. Idem in eo qui videt quidem, ſed eſt imperitus diſcernendarum materiarum. nam nec ille in corpus quod aureum dicitur, conſentit; niſi ſub eadem conditione, ſi ſit aureum: quia, ut videat corpus auri colorem habens; utrum tamen aureum ſit, an æneum, non magis diſcernit, quam cœcus qui non videt. Eſt vero vel hoc (quod Paulus obſervat in *l.* 10.) ſic temperandum, Niſi aureum quidem fuerit: deterius autem, quam emptor exiſtimaret. cedo, quam ob rem? quia (ut optime Ulpianus *l.* 14. quæ etiam eſt ex lib. 28. Ad Sabinum) habet auri aliquid: idque ſufficit; ut non in corpus tantum, ſed in ſubſtantiam quoque, conſenſum putetur. Valet igitur tunc emptio.

Mea ratio eſt, idem dicere de errore in ſexu. Ecce: Ego vendo tibi mulierem. tu putas, te emere puerum. an eſt conſenſum in corpus venditum? atqui alius eſt puer, alia mulier: nec mulierem cogitavit emptor, ſed puerum. nulla igitur eſt emptio & venditio: in qua non eſt magis conſenſus; quam ſi omnino ſit erratum in materia. quid, ſi ego putarem, me emere virginem, cum eſſet mulier? jam valet emptio. quo argumento? quia non eſt erratum in ſexu: hoc eſt, quia non eſt omnino erratum. Ain' vero? ſi vacat; rem conſideremus, ſimul vim vocabuli quo de agitur. Virgines apud Latinos dicuntur mulieres: & vice verſa mulieres dicuntur virgines: illæ integræ, hæ corruptæ. hac ratione valet emptio ſtupratæ virginis quæ creditur integra: quia ut vitiata ſit & deterior, utique eſt mulier, & ut dixi, virgo: quemadmodum dictum de auro in quo æs ſit. Firmamentum his accipe a Tertulliano, *De virginib. veland. c.* 5. Verba Tertulliani. *Sed quoniam ita mulieris nomen uſurpant, ut non putent competere illud, niſi ei ſoli, quæ virum paſſa ſit, probari a nobis oportet, proprietatem ejus vocabuli ad ſexum ipſum, non ad gradum ſexus pertinere, quo communiter etiam virgines cenſentur.* Ipſe Ulpianus *l.* 25. §. 9. *D. de aur. argent.* *Mulieres omnes dici, quæcumque ſexus fœminini ſunt.* Similiter Celſus *l.* 81. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. *Mulieribus legatis, etiam virgines debentur: ſicut viris legatis, etiam pueros deberi reſpondetur.* Sic: ſi venditor neſcivit, vitiatam eſſe virginem. at, ſi ſcivit; dolus eſt: propter quem Ulpianus *l.* 11. §. 5. *D. de act. empt.* ait, agi poſſe; ut contractus diſſolvatur.

Vera ſunt quæ dixi omnia: ſed in varias incidunt difficultates, hic minime diſſimulandas. Primam movet Paulus *l.* 21. §. 2. *D. de act. empti:* cujus verba ſunt Florentiæ talia: *Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem eſſe: tamen venditor teneri debet, quanti intereſt, non eſſe deceptum. & ſi venditor quoque neſciet. veluti ſi menſas quaſi citreas emat quæ non ſunt.* Hic Paulus negat, emptionem vitiari errore in ſubſtantia admiſſo: quamvis id affirmet Ulpianus *d. l.* 9 §. 2. Sed commode notavit Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 2. mendoſam eſſe Florentinam ſcripturam: ſincerius edi ab Haloandro: *Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem non eſſe, tamen venditor teneri debet.* Præterea obſervavit Cujacius, hanc ſcripturam juvari collatione *l.* 10. *h. t.* auctorem ſimiliter habentis Paulum, nec a ſententia quam Haloandri ſcriptura Paulum ſupra tenuiſſe ait, abhorrentis. Aliquis dicat; quod alter locus eſt ex Pauli libris Ad Sabinum, alter ex libris Ad Edictum. Sed hoc me non confundit: exiſtimantem, quid Paulus ſenſerit, liquere ex ejus libris, utcumque diverſis. Illo te offendi nolim: quod Paulus in *d. l.* 21. §. 2. ait, nullam eſſe venditionem, & nihilominus vult, venditorem teneri, quanti emptoris intereſt, ſe non eſſe deceptum. Nam hoc facile extricatur ſimili Modeſtini loco in *l.* 62. §. 1. *D. h. t.* ubi non valet emptio reſpectu venditoris, ſi id nolit emptor; & valet reſpectu emptoris ad id quod intereſt ſe non eſſe deceptum. Magis vexat me verſus ſequens in *d.* §. 2. *l.* 21. *Etſi venditor quoque neſciat.* nam is (quod miror neque Cujacium vidiſſe, nec alium Doctum Virum) manifeſte falſus eſt, ſimpliciter ſicut ibi ponitur intellectus: eo quod venditor ignorans, poteſt quidem conveniri, ut ab emptione & venditione recedatur; aut alioquin quanti minoris, ſi hoc malit emptor. ſed ad id quod in-

intereſt teneri non poteſt. Igitur per me licet, expungas verba, cum ſuperioribus non cohærentia, tamquam ſpuria: aut, ſi hoc grave tibi ſit; putes, eſſe Synchuſin, ſæpius alibi a me notatam apud Veteres. Si hæc placet conjectura: non erunt verba iſta, *Et ſi venditor quoque neſciet*, aptanda his poſterioribus, *Tamen venditor teneri debet, quanti intereſt non eſſe deceptum:* ſed illis prioribus, *Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem* [*non*] *eſſe*. Erit vero ſic Pauli ſenſus: Cum in corpore quidem conſentimus, de qualitate autem diſſentimus, veluti ſi menſas quaſi citreas (pretioſiſſimas has fuiſſe, ad hunc locum multis oſtendit Dionyſius Gothofredus) emat quis quæ non ſunt citreæ: non videtur emptio: ſive venditor ſciverit, ſive ignoraverit: cum hoc tamen diſcrimine; ut, ſi quidem ſciverit, teneatur ad reſolvendam emptionem; & præterea, quanti intereſt emptoris, ſe non eſſe deceptum: ſi vero neſciverit, non ulterius, quam ut reſtituto pretio, & recepta menſa, ab emptione & venditione recedatur. Satis de prima difficultate. Alteram movet Julianus *l.* 41. §. 1. *D. h. t.* Verba Juliani: *Menſam argento coopertam mihi ignoranti pro ſolida veudidiſti imprudens: nulla eſt emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Vendita eſt menſa argentea. ex ſolido non eſt talis: ſaltem ex parte eſt. nihilominus (quod negat Paulus *l.* 10. etiam Ulpianus *l.* 14. *D. h. t.*) nulla dicitur illa emptio; poteſtque pecunia eo nomine data condici: ut ſolet condictio ſine cauſa, & ſimiles, cum aliis actionibus concurrere: ut notavi alibi: nec fallam, ſi in præſentia huc referam ex *l.* 23. *D. h. t.* hoc Pauli plane ſimiliter dictum: *Et quod ſolverit eo nomine emptor condicere poteſt.* Sed quid eſt? mihi placet obſervatio D. Cujacii *lib.* 2. *Obſerv. c.* 4. Julianum nil facere ad Ulpianum & Paulum: nam inargentata vel argentoſa de quibus hi diſputant, eſſe ſeparanda a coopertis ſaltem argento: de quibus agit Julianus. menſæ æneæ argentatæ vel argentoſæ ineſſe argentum, ejuſve partem facere infuſione, aut admixtione. at menſam ligneam argento coopertam non eſſe argenteam, ne pro parte quidem: ſed eſſe ligneam; cum vendita ſit argentea; eaque, ut Plinius loquitur *lib.* 13. *Hiſt. nat. c.* 15. tantum ſit operimento laminæ veſtita. Utramque ſic diſtinguit Papinianus *l.* 9. §. 1. *D. de ſupell. legat. Supellectilis menſas eſſe cujuſcumque materiæ, ſcilicet vel argenteas, vel argento incluſas placet.* Tertio videtur Ulpiano & Paulo adverſari ſequens Marciani locus in *l.* 45. *D. h. t. Labeo libro Poſteriorum ſcribit, ſi veſtimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori præſtandum quod intereſt, ſi ignorans interpola emerit. quam ſententiam & Pomponius probat. in qua & Julianus eſt; qui ait, ſi quidem ignorabat venditor, ipſius rei nomine teneri: ſi ſciebat, etiam damni, quod ex eo contingit: quemadmodum ſi vas aurichalcum pro auro vendidiſſet ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, præſtet.* In fine hujus loci (inde enim initium explicandi ſumam) proponitur aurichalcum pro auro venditum. erratum igitur in materia, & quidem in totum. nam aurichalcum non eſt aurum: ſed æs, tantum aurum colore præferens; ideoque præſtantius ære vulgari: æs tamen, non aurum, ne ex parte quidem, etſi exiſtimarint quidam, decepti, ut videtur, ſono verbi *l.* 4. *D. de legat. lib.* 1. ſiccine? proprie orichalcum dicitur a monte qui Græcis ὄρος, unde effoditur: auctore Feſto. Igitur aurichalco pro auro vendito, nullam eſſe venditionem, diceret Ulpianus. Sed Marcianus in *h. l.* emptori adverſus venditorem dat actionem ex empto; ut aurum quod vendidit, præſtet. Vult igitur valere emptionem ex qua vult competere empti actionem. Sed non puto, ſequi: ex empto datur actio; ergo valet actio. imo ſupra oſtendi, id fallere in *l.* 62. §. 1. *D. h. t.* ita aliquando valet emptio ex parte emptoris; cum non valeat ex parte venditoris *l.* 6. §. 1. *d. t.* & *l.* 13. §. 29. *D. de act. empt.* Hoc aut ſimile intendit Marcianus: is ubi dicit, venditorem teneri; ut præſtet aurum quod vendidit; proximum ſignum eſt, non conſtare aurichalci venditionem. nam eſt conſenſum in aurum: aurichalcum autem eſt æs in quod non eſt conſenſum. emptionem ergo ſine conſenſu eſſe, an patitur fides bona? Non dices. Ego vero plus cenſeo, inæqualitatem ex tali errore natam, non emendari actione, quanti minoris: prout fieret, ſi in materia non omnino erratum foret; eoque valeret emptio. quid ergo? mea fert opinio, eſſe bonæ fidei conſentaneum, ut præſtetur aurum venditum: ſin minus ab emptione recedatur, & reſtituto pretio, aurichalcum recipiatur. Hoc quidem Marcianus, ſi tam venditor, quam emptor aurichalcum eſſe ignoravit: at ſi eſſe ſcivit venditor: longius it Marcianus. non enim vult, emptorem tum emptionis diſſolutione eſſe contentum: ſed præterea patitur, eum agere ad id quod ejus intereſt, ſe deceptum non eſſe. Sic in aurichalco pro auro vendito Marcianus. Nec aliter cenſet; ſi quis veſtimenta interpola pro novis emerit: id eſt, ſi quis voluerit emere nova; & venditor profiteatur, ſe vendere talia; cum ſint interpola. putat enim, (ſic mihi videtur) nullam eſſe tum emptionem: quia non eſt conſenſum in interpola: nec ſunt nova in quæ conſenſum eſt. igitur ſinit Marcianus, & hic agi ex empto: ut aut nova præſtentur, aut emptio reſolvatur, & reſtituto pretio veſtimenta interpola recipiantur. Huc pertinent ſequentia verba: *Si quidem ignorabat venditor, ipſius rei nomine teneri.* Quid enim ſignificant: niſi, ut venditor nova præſtet veſtimenta in quæ eſt conſenſum: ſin

minus, pecuniam reſtituat, & veſtimenta recipiat? hoc modo ipſius rei nomine tenetur: ſi quidem ignorans vendidit interpola. at ſi ſciens vendidit: jam tenebitur etiam ad id quod emptoris intereſt, ſe deceptum non eſſe. Aliquem adhuc morari poſſit Paulus in *l.* 22. *D. de verb. oblig.* ad hunc ſcribens modum: *Si id quod aurum putabam, cum æs eſſet, ſtipulatus de te fuero: teneberis mihi hujus æris nomine: quoniam in corpore conſenſerimus. ſed ex doli mali clauſula tecum agam, ſi ſciens me feſelleris.* Sed eſt differentia inter emptionem & ſtipulationem. an quod ſtipulatio eſt ſtricti juris, emptio bonæ fidei? non placet: nam ne pignus quidem ære pro auro oppignorato vitiatur *l.* 1. §. 2. *D. de pign. act.* licet pignus ſit bonæ fidei. potior illa eſt differentia, quod qui ſtipulatur aliquid, ejus, quia promiſſori nihil viciſſim præſtat, intereſt potius, habere id in quo erratum ſit, quam nihil. idemque eſt in pignore quod creditor a debitore accipit in ſecuritatem debiti. aliud eſt in emptione & venditione: nam in ea promiſſo venditori pretio pro æneo corpore, quod putabatur aureum, non expedit emptori, habere corpus; pro quo daturus ſit promiſſum pretium. Hac igitur ratione fit: ut contrahentium voluntatem pro eorum utilitate ſic interpretemur in utroque contractuum genere: ut modo in corpus conſenſiſſe, modo diſſenſiſſe videantur.

Hactenus de errore in corpore, in nomine, in qualitate, in ſexu. Porro adjiciamus aliquid de errore in pretio: nam is quoque, an & quemadmodum emptioni noceat, quæſtioni eſt, propter naturam emptionis: eo ſpectantis; ut permutatione mercis & pretii temporariæ indigentiæ ſubveniatur. hoc fieri, ſuadet ratio tuendæ ſocietatis: ideoque ſicut alias in commerciis, ita in emptione & venditione, æqualitatem inter contrahentes obſervari: & ſi quando erratum ſit, quod inæquale eſt, emendari. Sed uſus commerciorum dat induſtriæ contrahentium; (non improbante Ariſtotele, *lib.* 4. *Eudemior. c.* 2. *in fin.* & ex noſtris Pomponio apud Ulpianum *l.* 16. §. 4. *D. de minoribus*, & Paulo *l* 22. §. 3. *D. Locati*) ut in pretio emptionis & venditionis naturaliter liceat contrahentibus ſe circumvenire. Naturaliter autem illis eſt quod Juſtiniano *Novell.* 97. *c.* 1. eſt, negotiative: id eſt, ſecundum morem negotiantium; vel ut in *l.* 8. *C. de reſcind. vend.* ajunt Diocletianus & Maximianus, ſecundum ſubſtantiam contractus: præfati, quod emptor viliore comparandi, venditor cariore diſtrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant. Plautus, *Perſa.* 4. 4. ſic exprimit: SA. *Vin' bene emere? DO. Vin' tu pulchre vendere. TO. Ego ſcio hercle utrumque velle.* Quid ergo eſt? Veteres noluerunt, perfectam emptionem reſcindi per cauſam ſoluti pretii paulo minoris: ſapienter arbitrati, præſtare exigua læſione caſtigari levitatem ad rem non attendentis; quam lites creſcere in infinitum: ſi quali quali prætextu circumventionis in pretio temere reſolveretur emptio, alioquin bona fide contracta. cæterum humanum eſſe, ſuccurri circumſcripto; ſi appareat, eum plus quam tolerabile ſit, eſſe deceptum: quaſi in tale damnum non fuerit conſenſum, non intellecto vero pretio: certe non ferat bona fides nimiam inæqualitatem in contractu, res humanas mutua utilitatis permutatione conſolaturo. fueritque eo juſtior hæc interpretatio: quia exactam veritatem ubivis explorare, non eſt cujuſvis: ſæpe re, loco, tempore, id non patiente. quare ne paſſim vita ſtet ſine actu, etiam cum agi neceſſe ſit aliquid: omne hac via procedit officium; ut magis quod veriſimile eſt, quam quod verum, ſequamur. Sic egregie Seneca *lib.* 4. *De benefic. c.* 33. ſed verba, quia compluſcula ſunt, non adſcribo. Igitur quærentibus, utrum fides danda ſit errori in pretio; an emendanda inæqualitas ex eo proficiſcens: voluerunt Veteres, damnum quo de agitur, quantum ſit, conſiderari: conſilium daturo promiſſæ rei modo. Eum tamen non determinarunt; magis Judici ex bona fide æſtimandum reliquerunt. primi modum (ſic mihi videtur) ad certum adduxere Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. de reſcind. vend* verbis ſequentibus ad quemdam Lupum: quem indigitat Inſcriptio: *Rem majoris pretii ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit: humanum eſt, ut vel pretium te reſtituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate Judicis intercedente: vel ſi emptor elegerit, quod deeſt juſto pretio, recipias. Minus autem eſſe pretium videtur, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.* Hoc illic. idemque iterarunt in *l.* 8. *eod. tit.* quæ eſt reſcripta Euodiæ. Poſt igitur hanc Diocletiani & Maximiani definitionem minus pretium eſſe incipit, ſi læſio excedat dimidium juſti, ſive veri, pretii: nam hæc verba, ut apparet in *d. l.* 2. & *d. l.* 8. etiam alibi in *l.* 5. *D. de in rem verſo. l.* 1. §. 15. *D. Si quid in fraud. patron. l.* 1. §. 11. *D. de offic. Præfect. Urb.* pro iiſdem accipiuntur. Fit autem, ut hoc addam, læſio ultra dimidium ejus pretii: ſi res valens viginti, vendatur octo aut novem. quod ſi res valens viginti, vendatur decem: jam venditur quidem parte dimidia juſti, ſive veri, pretii; ſed non minoris, quam eſt pars dimidia ejus pretii. ergo non reſcinditur poſteriore caſu; ſed priore. Cæterum, ut ab humanitate proficiſcitur hæc reſciſſio: ita non abſciſe permittitur: contra datur emptori electio; utrum malit emptionem reſcindi; an ſupplere quod deſit juſto pretio. De eo video ambigi, utrum hæc humanitas ſoli debeatur venditori, an etiam emptori? Et quidem de ſolo venditore loquuntur Imperatores *d. l.* 2. & *d. l.* 8. non etiam de emptore. viſumque inde præcipuo

cipuo Juris Interpreti, Jacobo Cujacio, *Obſerv. lib.* 16. *c.* 18. *& lib.* 23. *c.* 32. eam emptori abjudicare: & Cujacio mox ſubſcripſit Emundus Merillius *lib.* 2. *Variant. c.* 5. nec eſt alia Hugonis Grotii ſententia, *Flor. ſparſ. ad d. l.* 2. Sed frequentius eſt itum in contrariam ſententiam. in quam & ipſe inclino ego: non tamen argumentis proditis & pervulgatis; ſed meis, & novis. Tale eſt, quod *d. l.* 2. *& d. l.* 8. non ſunt explicandæ ad modum generalium Legum ſive Conſtitutionum: (quod huc uſque factum eſt) non enim ſunt tales; ſed Reſcripta ad facta certa, Libellis cujuſdam Lupi in *d. l.* 2. & Euodiæ in *d. l.* 8. oblata. In hujuſmodi vero Reſcriptis ſi quæ fiant argumenta a contrario, aut a conſequentia, plerumque præter auctoris mentem fieri, ideoque vana eſſe, obſervavi ſub Titulo, *De legibus*, & in *Julio Paulo c.* VII. utcumque ex Legibus facta ſæpe fortiſſima habeantur: ut in *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* Hoc diligentiſſime teneri poſtulo: quia ſic intelligitur, Imperatores in utroque Reſcripto de venditore loqui: non quod nolint, emptori ſimilem exhiberi humanitatem, ſi in pretio ultra dimidium circumventus ſit: ſed quod de venditore læſo conſultos, de eo reſpondere oportuit: de emptore non rogatos, de hoc reſcribere nihil attinuit. Validum hoc argumentum: ſed quo validius ſit, ſequens apponam fulcimentum, aliud præterea æque utile demonſtraturum. Audiamus. In utroque Reſcripto *d. l.* 2. *& d. l.* 8. Imperatores tantum de fundo vendito loquuntur: de ædibus autem, aut aliis rebus immobilibus, mobilibus, ſeve moventibus, non loquuntur. videlicet, quia in utroque fuerant de fundo conſulti: de ædibus & cæteris rebus conſulti non fuerant. & tamen de his quæſiti, idem procul dubio reſcripturi forent: pari in omnibus ratione. Quare & Græci *Baſilic. lib.* 19. *tit.* 10. *pag.* 402. *& ſeq. tom.* 2. in neutro loco *fundi*, ſed *rei*, meminerunt. Eſt hoc in fundo evidens, mea opinione. ſed non minus liquet in venditore. nam ut demus, alium apud Imperatores de emptore eſſe ſilentium: quemadmodum tamen fundi mentione non excluduntur ædes, nec res aliæ venditæ, de quibus non fuere interrogati, ita propter venditoris ſonum, non oportet emptorem negligi, ſi vel ille in pretio ſit ultra dimidium circumſcriptus. potius dicamus, Imperatores de venditore rogatos, de eo reſcribere; & de emptore, ſi de eo conſulerentur, idem reſponſuros. At enim eſt alia venditoris, alia emptoris, ratio. ille vendit ex neceſſitate: hic ſine neceſſitate emit, aliquando luxuriæ indulgens, ſæpe affectioni opportunitatis, aut vicinitatis, aut cœli, aut cuicumque alii. igitur pro venditore in propoſito ſtat commiſeratio: at emptori nocet invidia. Sic Cujacius. ſed fruſtra: ut enim taceam, hæc interdum ita, interdum aliter, ſe habere: nihil huc pertinet vendendi neceſſitas, ſi non ſit circumſcriptus venditor: ſed ſi læſus ſit ultra dimidium veri pretii, tum vero ejus damno ſubvenitur: æquitate contractus bonæ fidei unam inæqualitatem jure civili & gentium improbante. Hæc igitur ſi emptori gravis ſit; quid ni ei quoque ſuccurri, paris humanitatis ſit? His accedit; quod hoc jus non eſt recens a Reſcriptis his Diocletiani & Maximiani: minime. jam ante eos fuit obſervatum in bonæ fidei judiciis; lata in his Judicum poteſtate, propter clauſulam, Ex fide bona, item Quod æquius melius, aut ſimilem. Non opus argumentis: vel Cujacius vidit *lib.* 23. *Obſerv. c.* 24. & claret ex *l.* 78. *& ſeqq. D. Pro ſocio.* Solum effecerunt Diocletianus & Maximianus in *d. l.* 2. *&* 8. ut modus læſionis in pretio ante incertus, ideoque Judici definiendus, eſſet deinceps certus & finitus. At hoc ſi eſt: quam dabimus cauſam, cur nolimus, in emptore ſtare quod mutatum non eſt? Cæterum valuiſſe ante Diocletianum & Maximianum hæc quæ dixi, adeo verum eſt: ut videantur ipſi quod ſcripſerunt de danda emptori electione, malitne ab emptione recedere, an quod deeſt juſto pretio, ſupplere, ex vetere jure Pandectarum petiiſſe: evincente tenore *l.* 1. §. 12. *&* 13. *D. Si quid in fraud. patron.* licebitque ex *l.* 12. §. 1. *D. de jure dotium* ſimilia conjicere in æſtimatione rei dotalis, ſi aut mulier aut maritus dicat, ſe circumventum rem minoris æſtimaſſe: nam & hæc vera venditio appellatur *l.* 10. §. 4. *D. d. t.* & venditio non ſimplex, ſed dotis cauſa *l.* 16. *eod.* neque hoc fugit Cujacium *lib.* 17. *Obſerv. c.* 1. quamquam putat, æſtimationem dotis cauſa factam, in eo ſeparari a vulgari emptione: quod in hac errori non ſuccurritur, niſi egreſſo dimidium juſti pretii: in illa etiam conſiſtenti intra dimidium: idque Ulpianum ſignificare *d. l.* 12. §. 1. At quod Cujacius putat, non putavit Ulpianus. Fateor: hic, *Si*, inquit, *mulier ſe dicat circumventam minoris rem æſtimaſſe.* Sed in *d. l.* 2. *C. de reſcind. vend.* ſimili plane modo ajunt Diocletianus & Maximianus, *Rem majoris pretii ſi tu vel pater tuus minoris diſtraxerit.* quin ibi in fine quoque ſic ſcribunt: *Minus pretium eſſe, ſi nec dimidia pars veri pretii ſoluta ſit.* Quid ni igitur ad eumdem modum res dotalis vel Ulpiano in *d. l.* 12. §. 1. putetur minoris æſtimata eſſe; ſi arbiter judicii bonæ fidei eam minoris, quam æquum & bonum ſit, æſtimatam eſſe judicaverit? Hoc utique ante *d. l.* 2. convenit veteri Pandectarum juri: ex eoque etiam Pomponius *l.* 6. §. 2. *D. d. t. de jur. dot.* ſic eodem ſcribit ſenſu: *Si in dote danda circumventus ſit alteruter, etiam majori annis viginti quinque ſuccurrendum eſt: quia bono & æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum.*

Ita nihil effecit D. Cujacius. Adfert tamen adhuc pro ſe hoc Diocletiani & Maximiani *l. 6. C. Solut. matrim. Si circumſcripta matre veſtra viliore pretio res dotales æſtimatæ ſunt, quid ſuper hujuſmodi contractuum vitio ſtatutum ſit, vulgo patet.* Æque temere: ſi conferatur cum *d. l. 2. C. de reſcind. vend.* ex qua illam legem illuſtrari ipſa jubent Diocletiani & Maximiani verba. Magis poſſint videri pro Cujacio facere ſequentia Ulpiani verba ex *d. l. 12. §. 1. Idemque & in minore circumventa Marcellus probat.* quaſi dos a Marcello æquetur minori ætati: cujus favor eſt, ut læſa, etſi levius, ſemper reſtituatur *l. 16. §. pen. D. de minorib.* Sed habeo mihi perſuaſiſſimum, ea verba non ſpectare ad omnia ibi præcedentia: ſed dumtaxat ad proxima illa in verſu, *Quod ſi deceſſit.* Expoſita meo arbitrio eſt *d. l. 2.* Niſi adhuc examinandum; utrum oporteat eam retineri intra emptionem & venditionem qua de loquitur; an contra porrigi ad alios bonæ fidei contractus, in ipſa non adductos. Verum & hæc quæſtio a ſuperioribus pendet. Dixi nimirum *d. l. 2.* eſſe Reſcriptum ad factum; in quo fundus dicebatur minoris venditus; & quærebatur, an emptio ob læſionem in pretio reſcindi jure poſſet? In hoc facto Imperatores, ut erant conſulti de emptione & venditione, habebant de ea reſpondendi cauſam. at de aliis bonæ fidei judiciis de quibus non erant conſulti, non habebant cauſam reſpondendi. & tamen de his quoque ſi conſulti fuiſſent, æque reſponſuri erant. Ain' tu? nihil certius. qua ratione? quia & ante Diocletianum ac Maximianum placuit in bonæ fidei judiciis, errorem æſtimationis, alteri nimis gravem, Judicis humanitate emendari: huc ducente clauſula Ex bona fide, aut alia ſimili. id vero nuſquam mutatum alibi, quantum ſcio: ex hoc autem Reſcripto in quo nihil tale, everti argumento a contrario neque debet, neque poteſt. Interim eſt quod dixi, exploratum in ſocietate *l. 78. & ſeqq. D. Pro ſocio*, item in dotis æſtimatione *l. 12. §. 1. l. 6. §. 2. D. de jur. dot.* tum in permutatione quæ dicitur emptioni proxima, ſicut locatio quoque & conductio *l. 1. §. 12. & 13. D. Si quid in fraud. patron.* & hereditatis diviſio *l. 1. C. Com. utriuſq. judic.* ad quam tamen non referam *l. 3. C. eod.* ſiquidem in ea aliud agi, demonſtravi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c.* VII.

Exitus actionis bonæ fidei qua circumventus petit, ſibi officio Judicis ſubveniri; eſt; ut vel ſuppleatur quod deeſt juſto pretio, vel reſciſſa venditione, ab una parte fundus reſtituatur cum fructibus perceptis; ab altera pretium cum uſuris. ſic enim obtinetur; ut neuter lædatur; utroque in eum revertente locum in quo fuit ante perfectam emptionem & venditionem. Juſtum hoc & æquum inter emptorem & venditorem. Verum pone, hiſce immixtam eſſe cauſam tertii: fundo ei ab emptore pignori obligato. quid dicemus? reſciſſa emptione, etiam pignus extinctum intelligi? Negat D. Vinnius *lib. 2. Select. quæſt. c. 5.* & adde ſis Cujacium *lib. 24. Obſerv. c. 36*

TITULUS VI.

De periculo & commodo rei venditæ.

Alter effectus perfectæ emptionis & venditionis eſt: quod periculum rei emptæ & venditæ, tametſi nondum traditæ, ſtatim pertinet ad emptorem. Non eſt, quod dubites: auctor Juſtinianus §. 3. *Inſt. de empt. & vend.* ac ne deeſſent exempla, apponit ſequentia: ſi homo mortuus ſit, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior eſſe cœperit. In omnibus his emptoris damnum eſſe, Imperator ait: idque interpretatur; ut emptori adhuc neceſſe ſit, licet rem non fuerit nactus, venditori pretium perſolvere. Sic ille; & ante Julianus *l. 5. §. ult. D. de reſcind. vendit.* Pomponius *l. 15. D. de jur. dot.* & Africanus *l. 39. D. de ſolutionibus*, item Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* ne quis putet, quod Cujacio ſedet, aliud Inſtitutionibus, aliud Pandectis, convenire. Sed fallitur vir ille ſagaciſſimus: hac veriſſima ratione; quod emptor perfecta emptione, ſtatim eſt creditor rei venditæ: venditor contra eſt debitor. interitu autem naturali ſpeciei debitæ liberatur ſpeciei debitor *l. 23. D. de verb. oblig.* non minus vera eſt ſequens Juſtiniani ratio in *d.* § 3. quod venditor ex natura contractus, utriuſque contrahentis utilitati conſulentis, tantum de dolo & culpa lata ac levi tenetur *l. 5. §. 2. D. Commodati*; & quidquid ſine his accidit, in eo ſecurus eſt *d. §. 3.* poſtremo ait Ulpianus *l. 23. D. de reg. jur.* (quod & traditum *l. 6. C. de pign. act.*) caſus fatales in nullo bonæ fidei judicio præſtari. Hæc ſumma: at diſtinctius tractanda: cupientibus, ut oportet, intelligere Veterum Fragmenta intricata & obſcura.

Initium ſumam a *l. 8. D. h. t.* cujus verba variant in Florentina & vulgata Accurſii editione. Florentiæ ſic extat. *Neceſſario ſciendum eſt, quando perfecta ſit emptio: tunc enim ſciemus, cujus periculum ſit. nam perfecta emptione periculum ad emptorem reſpiciet. Et ſi id quod venierit, appareat, quid, quale, quantum ſit, & pretium & pure venit, perfecta eſt emptio.*

Quod

Quod ſi ſub conditione res venierit, ſi quidem defecerit conditio, nulla eſt emptio, ſicuti nec ſtipulatio. Quod ſi extiterit, Proculus & Octavenus emptoris eſſe periculum ajunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod ſi pendente conditione emptor vel venditor deceſſerit: conſtat, ſi exſtiterit conditio, heredes quoque obligatos eſſe, quaſi jam contracta emptione in præteritum. quod ſi pendente conditione res tradita ſit: emptor non poterit eam uſucapere pro emptore, & quod pretii ſolutum eſt, repetetur, & fructus medii temporis venditoris ſunt: ſicuti ſtipulationes & legata conditionalia perimuntur, ſi pendente conditione res exſtincta fuerit. ſane ſi exſtet res, licet deterior effecta, poteſt dici, eſſe damnum emptoris. Sic Florentiæ. Apud Accurſium ita editur: *Plane ſi pendente conditione res interierit, perimetur emptio, ſicut ſtipulationes & legata conditionalia perimuntur, ſi pendente condstione res extincta fuerit. ſane ſi res extet, licet deterior effecta, poteſt dici, damnum eſſe emptoris.* Paulus pro certo habens, periculum rei perfecta emptione ſtatim emptoris eſſe, ut perfecta intelligatur emptio, duo deſiderat: unum eſt; ut, præter certum pretium, appareat, quid, quale, quantumque ſit quod veniat. alterum eſt, ut pura ſit emptio & venditio. primum oportet, eſſe certum pretium, & apparere, quid, quale, quantumque ſit, quod venditur. id vero contingit, ſi vendita ſit certa ſpecies *l. 5. C. h. t.* id eſt, certum corpus, ut Stichus ſervus. Non ita eſt, empto Sticho aut Pamphilo: quia ut in hujuſmodi ſtipulatione, ita hic, debitoris electio eſt: eaque ceſſante, uter debeatur, quamdiu uterque vivit, adhuc incertum eſt. Cæterum uno mortuo, & mox altero, prior venditoris, poſterior emptoris, periculo eſt. ſcilicet, quia eſt arbitrii venditoris promiſſoriſve, non an debeat, ſed quem debeat: & uno mortuo, ſolus qui ſupereſt, videtur emptus: quaſi in hoc extante conditione, non expreſſa quidem aliqua, ſed tacita *l. 34. §. 6. D. de contrah. empt. l. 2. §. 3. D. de eo quod cert. loc. l. 95. D. de ſolutionib.* Dixi de corpore vendito. videamus de quantitate, id eſt, de re, pondere, numero, aut menſura conſtante: ut eſt vinum, oleum, frumentum. Hic nihil muto: ſi omne vinum, verbi gratia, uno pretio venierit: (qualem venditionem per averſionem dici, præclare oſtendit ſuo tempore Antonius Auguſtinus *lib. 3. Emendat. c. 6.*) nam ad emptionis perfectionem nihil tum magnopere deſideratur: vel ſic manifeſto, quid, quale, & quantum ſit quod veniat. at ſi in ſingulas amphoras, vel in ſingulas metretas, vel in ſingulos modios, venierit quantitas, quantum ad periculum, non ante perfecta dicitur emptio, quam illa adpenſa, admenſa, aut annumerata ſint. non enim intellecto ante, quid, quale, aut quantum ſit venditum, illic periculum ad emptorem ſtatim, hic interim ad venditorem pertinet. Huc in quantitatibus iverunt olim Sabinus & Caſſius, eoſque ſequutus poſt eſt Gajus *l. 35. §. 5. D. de contrah. empt.* putavitque, id ſimiliter quæri de his quæ numero conſtant: ſi pretium pro numero corporum fuerit ſtatutum. pone exemplum in grege. is ſi univerſaliter uno pretio venierit; ait Gajus §. 6. poſtquam de pretio convenerit, perfectam videri venditionem. quod ſi in ſingula corpora certo pretio vendatur; fore eadem quæ proxime tractavimus. Superiori loco adhuc ſubjiciam hoc §. 7. *d. l. 35.* pendet enim ab illo. *Sed & ſi ex doliario pars vini venierit, veluti metretæ centum, veriſſimum eſt, (quod & conſtare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Nec intereſt, utrum pretium omnium centum metretarum in ſemel dictum ſit, an in ſingulos eos.* Certa hæc atque evidentia. Illud mihi grave: quod apud Ulpianum *l. 1. §. 1. D. h. t.* in hunc extat modum: *Sed & cuſtodiam ad diem menſuræ venditor præſtare debet. poſt menſuram factam venditoris deſinit eſſe periculum: & ante menſuram periculo liberatur, ſi non ad menſuram vendidit, [ſed] forte amphoras vel etiam ſingula dolia.* Meo judicio, hic repugnat Ulpianus non dicam ſuperioribus, ſed ſibi ipſe. adeo non placet mihi hæc vox, *cuſtodia*, ei quod agitur, minime conveniens. ac vix dubito, quin ei per incogitantiam exciderit: recordatus, hujuſmodi errores etiam me alibi obſervare *lib. 1. Probabilium c. 9. & ſeqq.* Hic certe mihi ſuſpectus ejus vitii eſt Ulpianus: exiſtimanti, cum non de diligentia diſputare, ſed de caſu, modum cuſtodiæ diligentiæque egrediente: adeo oportuiſſe eum non *cuſtodiam*, ſed *periculum* dicere, præ me fero: eo confidentius, quia ſuperiora ſuadent; nec minus ſubjecta hæc ejus ratio: *Prinſquam enim admetiatur vinum, prope quaſi nondum venit.* Omitto, quod mox ſequitur ibidem: *Poſt menſuram factam venditoris deſinit eſſe periculum.* Item rurſus: *Et ante menſuram periculo liberatur, ſi non ad menſuram vendidit, ſed forte amphoras, vel ſingula dolia.* Poteſt fieri, ut errem: ſed non puto; & officium faciet mihi, quiſquis docuerit meliora, ſi poteſt. Interea præſtabit venditor, me auctore, donec admetiatur vinum, ejus non cuſtodiam, (quod hactenus volunt Ulpiani verba) ſed periculum. Præter hoc obſervandum, quod Ulpianus §. 3. *d. l. 1.* ait, licere venditori, ſi diem ad metiendum præſtituit, nec intra diem admenſum eſt, vinum effundere: non tamen ſtatim, aut prius, quam emptori denunciet, ut aut tollat vinum aut ſciat futurum, ut vinum effunderet. Hoc poni in lege vini, in doliis venditi; conſueviſſe, auctor Cato, *De re ruſtica c.* 148. quod autem moris, & conſuetudinis eſt, in bonæ fidei judiciis debet venire *l. 31. §. 20. D. de Ædilit. Edict.* Id fieri ſinit rigor juris. De cætero probandum hoc Ulpiani *d. §. 3. l. 1.*

Si tamen eum poſſet effundere, non effundit, laudandus eſt potius. Meræ eſt hoc humanitatis, & præbet exemplum Præcepti Juris, diſtincti a Regulis Juris: de qua diſtinctione egi *lib.* 1. *Tit.* 1. *De juſtitia & jure*, & plenius *Julio Paulo c. pen. & ult.* Adfert mox Ulpianus præter ſuperius *d.* §. 3. & 4. etiam alia temperamenta æquitatis, digna legi: non tamen adſcribenda; quia non deſiderant interpretationem: niſi exponendum quis putet, quid in §. 4. ſignificet hoc: *Faciendum quod Veteres putarunt per corbem venditorem menſuram facere & effundere.* ſed id jam occupavit D. Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 36.

Similiter liceret, dictis hactenus quæ dicenda erant de rebus pondere, numero, aut menſura, conſtantibus, ulteriori parcere labori: niſi e re eſſet, quantitatis a corpore diſtinguendæ gratia, adhuc ſubjici quod Ulpianus in *l.* 10. §. 1. *h. t.* refert, Scævolam ex Juliano notare, fundo ad menſuram vendito, & pretio (ſic arbitror) in ſingula jugera conſtituto, emptorem, ſi pars fundi prius quam menſura fieret, aliquo caſu interierit, fundi nomine non poſſe agere ex empto actione. poſſit enim hoc, niſi exponatur, alicui obſcurum videri. Sed tu mihi crede, quod vendito fundo, ejus finibus ultro certis, etſi incerto jugerum numero, Juliano placuit, factam eſſe venditionem corporis noti & certi, ac cujus perfectioni proinde nihil deſit. Verba Ulpiani ſi quis requirat, hæc ſunt: *In libro ſeptimo Digeſtorum Juliani Scævola notat. Fundi nomine emptor agere non poteſt, cum prius, quam menſura fieret, inundatione aquarum, aut chaſmate, aliove quo caſu, pars fundi interierit.* Julianus putavit, vendito ad menſuram fundo, (ipſo integro & ſuis finibus definito: nam is in *l.* 60. *pr.* & §. 2. *D. de verb. ſignif.* eſt fundus) liberatum ab emptore eſſe venditorem: ſi fundi pars inundatione aquarum, aliove quo caſu interierit prius, quam menſura fieret: nam periculum emptoris eſſe: eo quod fundo illo vendito, jure venditum eſt corpus integrum, ita notum, certum, ac finitum; & emptionis perfectio in præſentia nihil plus deſiderat, licet menſura nondum facta jugerum numerus ignoretur. ſic prorſus cenſeo: & juvat hoc Pauli *l.* 34. §. 5. *D. de contrah. empt. Menſura non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, ſed ut appareat, quantum ematur.* Fuit igitur hæc quam dedi, bona & juri conformis Juliani ſententia, ipſa a Scævola non reprehenſa, ſed notari, id eſt, ſed obſervari juſſa. Hoc ſenſu ab Ulpiano accipi id, *Scævola notat*, mihi perſuadeo, licet *Notare* pro reprehendere aut improbare, etiam ſumi a Veteribus, meminerim alibi. Sed hunc ſenſum in præſenti refellit ad menſuram vendita non quantitas, ſed fundus; id eſt, corpus certum & ſuis finibus determinatum.

Injecta paulo ante mentio §. 5. *d. l.* 34. me monet, vino vendito, verbi gratia, ne de guſtatione ſileam: poſtquam de menſura egi: aliquo præſertim in his diſcrimine minime contemnendo. Id advertit Paulus *d.* §. 5. ſic ſcribens: alia eſt cauſa deguſtandi, alia metiendi. guſtus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: menſura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, ſed ut appareat, quantum ematur. Secundum hæc igitur refert multum in vinis aliiſque quæ deguſtari ſolent; utrum convenerit de guſtatione, an non. Scio, difficile eſſe, ut quis emat vina non guſtata. Sed quid vetat, hoc fieri emptoris ſocordia aut negligentia *l.* 4. §. 1. *D. h. t?* proinde quid eſt? ſi vinum averſione eſt venditum, nec placuit, deguſtari; emptoris damnum erit, ſi acuerit, vel quid aliud vitii ſuſtinuerit: quemadmodum ſi vinum eſſet effuſum, vel vaſis contuſis, vel qua alia ex cauſa. Quod ſi placuit, ea deguſtari: ante deguſtationem erit venditoris periculum: poſt emptoris. quid ſi venditor etiam aliter ſe periculo ſubjecit? ſuſtinebit hoc in id tempus, quoad ſe ſubjecit. & ſi non deſignavit tempus; eatenus ſuſtinebit periculum, quoad deguſtetur vinum: videlicet quaſi tunc pleniſſime veniat, cum fuerit deguſtatum. Hæc in hunc ſenſum olim tradidit Ulpianus: ſed ut hodie extant in *l.* 1. *pr.* & *l.* 4. § 1. *D. h. t.* ſunt valde impedita & confuſa, nec facile extricanda: niſi remedium petatur ab Inſcriptione: oſtenſura, utrumque locum eſſe ex Ulpiani lib. 28. Ad Sabinum, & utrimque Sabini verbis miſceri Notas Ulpiani: Sabini ſermonem ſuo modo regentis & illuſtrantis. Sæpius notavi per me talia. in propoſito autem prævivit Antonius Auguſtinus *lib.* 3. *Emendat. c.* 6. *pag.* 231. & *ſeq.* ejuſque laudibus, ut me decet, hic lubens aſſurgo: arbitratus, in *pr. d. l.* 1. cum Sabinus dixiſſet, *Si vinum venditum:* &c. mox ab Ulpiano ſubjici, *Sed ſi venditor ſe.* &c. eamque interpretationem continuari in *l.* 4. Inde in §. 1. rurſus eſſe hoc Sabini, *Si averſione vinum veniit, cuſtodia tantum præſtanda eſt.* Deinde ſequi iſta Ulpiani, *Ex hoc apparet.* & reliqua.

Satis de priore parte *l.* 8. *h. t.* tranſeo ad poſteriorem: in qua ut perfecta intelligatur emptio, atque emptoris periculum ſit, Paulus venditionem præterea puram eſſe poſtulat. utique negat, ſub conditione contractam, ante eam exiſtentem perfici, ideoque poſt impletam demum emptoris periculum eſſe, confitetur. Videlicet, quia tamdiu res non eſt empta, nec debita, nulla adhuc emptione: poſt vero non eſt res quæ vendatur; venditio autem ſine re nulla eſt. Hac igitur ratione efficitur; ut res vendita venditori pereat, non ut tali; (non enim eſt talis) ſed ut domino. Quid, ſi defecerit conditio ſub qua contracta ſit emptio? Et hoc Paulo quæſtioni eſt in *d. l.* 8. ait vero, emptionem vel hic

nul-

nullam eſſe: & utitur exemplo ſtipulationis, quæ ſub conditione contracta, ea deficiente nulla, id eſt, nullius momenti, ſive ſine effectu ullo, eſt. Non eſt contentus hac ſimilitudine Paulus: ſed pro ulteriore firmamento addit primum; quod emptor rem, pendente conditione, traditam, ea deficiente, non poteſt uſucapere pro emptore, quaſi nulla juſta cauſa ad uſucapionem neceſſaria. addit deinde; quod emptor pretium a ſe ſolutum poteſt repetere quaſi indebitum. poſtremum eſt; quod fructus medii temporis, non ſunt emptoris. Hæc ut certa atque explorata ſunt Paulo; ſic in propoſito eum convincunt, nec emptoris periculum eſſe; ubi nihil eſt venditum. imo, periculum eſſe venditoris: non qua talis; ſed qua domini: ut dictum. Supereſt tertia Pauli deliberatio: quid juris ſit, ſi exiſtat conditio? ait autem, eam retro trahi, quaſi in præteritum contracta emptione: eoque effici; ut ſi alter contrahentium, ſive emptor, ſive venditor, moriatur, heres perinde teneatur, ac ſi ab initio pura emptio fuiſſet: nullo dubio, quin conditionalis emptio æque heredem teneat invitum: ac defunctus, ſi ſuperſtes eſſet, ea teneretur. proinde, ſi res empta, pendente conditione ſit deterior facta, & tamen ſuperſit, ea exiſtente: nec timet Paulus, affirmare, emptoris eſſe damnum corruptionis: perinde ac ſi emptio ab initio pura fuiſſet: licet aliter ſit, ſi res interim periiſſet: arbitratus, referre; quod altero caſu non eſt res quæ veniat; cum ſine re non contrahatur emptio: altero extat, licet deterior. talis vero ab initio poteſt vendi pure: nec minus deterior emptoris periculo fieri: quia retracta conditione, poſtquam extitit, perinde eſt, ac ſi emptio ab initio pura fuiſſet.

Sed apparet, periculum rei emptæ, perfecta emptione ad emptorem ſtatim pertinere. nec tamen venditor vel ſic ſecurus eſt, ſi res vendita ejus culpa aut perierit, aut deterior facta ſit: tenetur enim emptori ad cuſtodiam, a diligente patrefamilias rebus ſuis adhiberi ſolitam: ſuadente natura contractus, ad utriuſque contrahentis utilitatem ſpectantis, præſtari culpam latam ac levem *l.* 5. §. 2. *D. Commodati. l.* 35. §. 4. *D. de contrab. empt.* ſi nihil ſpecialiter convenit. alioquin licet contrahentibus, (ſiquidem pacta legem dant contractibus *l.* 23. *D. de reg. juris.*) ea quæ emptioni naturaliter inſunt, ex ſuo commodo informare. nec eſt improbabile, cuſtodiam, quam placeat a venditore præſtari, non eſſe communem, & ultro debitam: (ſic enim ſupervacuum foret pactum) ſed majorem §. 3. *Inſt. de empt. & vend.* prorſus, ut tum, præter caſum, nihil excipiatur *d. l.* 35. §. 4. *D. de contrab. empt. juncta l.* 31. *D. de act. empt.* Atque ad hunc modum etiam accipienda, ſi quid intelligo, eſt *l.* 2. §. 1. & *l.* 3. *D. h. t.* niſi quis malit, ibi quæri, vino ad menſuram empto, utrum venditor de periculo, an de cuſtodia, teneatur. ſed aliter ſe res habet: nec errabit, quiſquis putet, ibi ambigi, qualis debeatur cuſtodia: pacto convento, ut venditor cujus periculum alioquin foret, cuſtodiam emptori præſtet uſque ad menſuram, ſane ſicut poteſt conveniri, ut minus præſtet venditor; ſic ut plus præſtet, conveniri poteſt *d. l.* 23. *D. de reg. jur.* plus eſt autem, cuſtodiam plenam; minus communem præſtare. Igitur ſi, convenerit in lege venditionis, ut venditor vini, donec admetiatur, cuſtodiam præſtet, placet Gajo *d. l.* 2. §. 1. & Paulo *d. l.* 3. videri actum, ne præſtet damnum fatale: ſed ut de dolo & omni culpa, id eſt, de plena cuſtodia, ut in commodato, teneatur. Non tamen id vetat, quo minus in venditione fiat pactum; ut venditor emptori præſtet caſum fortuitum: nam id Labeoni viſum *l.* 78. §. *ult. D. de contrab. empt.* Contra quoque putat Ulpianus *l.* 10. *D. h. t.* valere pactum; ſi in conditionali venditione hoc ipſum, ut res emptoris periculo ſervaretur, conveniſſet. De eo fuit a Doctiſſimis Viris dubitatum, ſi quis in ſe receperit fortuitos caſus, utrum tantum de ſolitis, an etiam de inſolitis, teneatur? Cauſam quæſtioni præbuit *d. l.* 78. §. *ult.* ſed hanc expoſui *lib.* 2. *Probabil. c.* xi. Hactenus de periculo rei venditæ.

Nunc de ejus commodo tractandum. eſt enim hæc pars altera Rubricæ noſtræ: & ex §. 3. *Inſt. de empt. & vend. & l.* 7. *D. h. t.* intelligitur, ſicut omne rei venditæ periculum atque incommodum eſt emptoris: ſic omne commodum ejus eſſe oportere. fuerit exemplum in eo quod fundo, poſtquam venditus eſt, per alluvionem acceſſit. hoc enim quia ſtatim atque adcrevit, pro fundi parte habetur, quid ni emptori debeat hoc nomine cum fundo dari? Simile exemplum in fructibus, tempore venditionis pendentibus; ſive maturis, ſive immaturis. nam & hi fundo cohærentes, fundi partes ſunt; ac, niſi aliud convenit, cum fundo venditi intelliguntur *l.* 13. § 10. *D. & l.* 16. *C. de act. empt.* Quid, ſi in locatis ager fuit? utique penſiones ei cedent qui locaverat, *d. l.* 13. §. 11. ſed reſtituendæ emptori *l. ult. D. de jur. fiſc.* Idem de operis & mercedibus ſervorum; item de jumentorum aut navium vecturis; & ſi quid peculio acceſſit, ſervo præſertim vendito cum peculio; ut eſt factum *l.* 23. *D. d. t.* alioquin contra ſervari, intelligitur ex *l.* 29. 30. & 31. *D. de contrab. empt.* Nec me refellit: quod & hæc & penſiones prædiorum, cum ruſticorum, tum urbanorum, proprie non ſunt fructus; non ex corpore rei, ſed ejus occaſione ex nova cauſa, id eſt, nova obligatione, profecti. nam ſufficit, quod fructus imitantur; corporis venditi utilitatem fructuum exemplo continentes. convenit igitur bonæ fidei, qualecumque commodum a venditore ex re vendita, vel ejus occaſione perceptum;

emp-

emptori reſtitui : ad quem etiam omne incommodum, perfecta emptione, perventurum ſit. Aliud tamen eſt, ſi quid ſervus ex re venditoris adquiſiverit *d. l.* 13. §. 13. quia rem talem, non venditam extra cauſam venditionis eſſe, negari nequit. Quid, ſi relicta ſervo ſit hereditas, aut quid legatum, donatumve ei? poterat dubitari. ſed Ulpianus in *d. l.* 13. §. 18. ita ſcribit ſine diſtinctione : *Si quid ſervo diſtracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque reſtitui debet. hereditates quoque per ſervum adquiſitæ, & legata omnia; nec diſtinguendum, cujus reſpectu iſta ſint relicta.* Item *quod ex operis ſervus præſtitit venditori, emptori reſtituendum eſt: niſi ideo dies traditionis e pacto prorogatus eſt, ut ad venditorem operæ pertinerent.* Præter hæc placet Ulpiano *d. l.* 13. §. 2. ſi ſit nocitum rei venditæ, emptori a venditore præſtari actionem damni forte infecti, vel aquæ pluviæ, vel Aquiliæ, vel interdicti quod vi aut clam. addo, rei vindicationem, item condictionem furtivam, etiam furti actionem. omnes enim directo competunt venditori, tamquam domino ante traditionem; ſed emptori, cujus utilitas quæritur emptione, a venditore cedi atque exhiberi debent *d.* §. 3. *Inſt. de empt. & vend. l.* 80. *D. de furt.* Facile hoc in venditore rei ſuæ. ſed quid in perſona ejus qui vendiderit alienam; & nullam vindicationem aut condictionem habet? putat Gajus, ob id ipſum damnandum eſſe : potuiſſe enim, ſi ſuam rem vendidiſſet, eas actiones ad emptorem transferre *l.* 35. §. 4. *D. de contrah. empt.* Non magis præterire me oportet, (eſt enim perelegantis obſervationis) quod Neratius in *l.* 31. *D. de act. empt.* in hunc ſcribit modum : *Si ea res quam ex empto præſtare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam cuſtodire debuerim, tamen propius eſt, ut nihil amplius, quam actiones perſequendæ ejus præſtari a me emptori oporteat: quia cuſtodia adverſus vim parum proficit. actiones autem eas non ſolum arbitrio, ſed etiam periculo tuo præſtare debebo, ut omne lucrum ac diſpendium te ſequatur.* Optima ſane ratione quam in *l.* 38. *D. de evict.* ſuppeditat Ulpianus: *Cui*, inquiens, *non æquum videbitur, vel hoc ſaltem conſequi emptorem, quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt.*

Admonet me Neratii locus; ne oblivíſcar Pauli *l.* 12. & 14. *D. h. t.* & interjectæ utrique ex Juliano *l.* 13. omnibus ex Neratio lucem accepturis. Proponuntur ergo apud Paulum lecti venditi a venditore poſiti in via publica, & conciſi ſeu confracti ferocia Ædilis: cujus cura erat; ne ante officinas eſſet quid propoſitum quod viam impediret. *l. unic. D. de via publica.* Quæritur, cujus ſit periculum conciſorum lectorum? ut hoc intelligatur: animadvertendum, lectos non periiſſe fatali caſu, ſed facto Ædilis, id eſt, injuria Magiſtratus: cui reſiſti ob ejus poteſtatem non potuit. In eo caſu duplex Pauli inſpectio in *d. l.* 12. una, lectis emptori a venditore traditis: altera, nondum traditis. quod ad priorem attinet: ait Paulus, emptoris periculum eſſe; & recte: quia lecti ejus ſunt, emptione per traditionem conſummata: res autem perit domino. Idem cenſet Paulus in poſteriore caſu. qui eſt, lectis nondum traditis: ſi per emptorem ſtetit, quo minus traderentur. & videtur Paulus hic eo motus; quod mora ab emptore commiſſa, a venditore non culpa, ſed dolus malus eſt præſtandus *l.* 5. *l.* 17. *D. h. t.* porro lectis in via imprudenter poſitis, non eſt dolus malus, magis culpa videtur. Sic Paulus, lectis emptori traditis, aut mora ab eo commiſſa. Et eſt obſervandum, quod mox ex Juliano ſubjicitur *l.* 13. eum læſum facto Ædilis, habiturum cum Ædile, ſi id non jure feciſſet, actionem Legis Aquiliæ; aut certe cum venditore ex empto acturum, ut is actiones ſuas, quas cum Ædile habuiſſet, ei præſtaret. Quid ſi neque traditi ſint emptori lecti; neque is in mora fuerit, quo minus traderentur? ait Paulus in *d. l.* 14. venditoris periculo fore. Eſto, ſi ejus mora accuſetur: nam hæc, ut ei noceat, rationis eſt *d. l.* 17. *h. t.* Verum fingamus, non moram argui, ſed culpam. De hac ſilet Paulus. verum res ſuadet, idem de culpa videri, quod de mora dictum. Quid, ſi [illegible]uria ſint conciſi lecti, ſine venditoris mo[illegible] & culpa? mihi placet, vel ſic eſſe venditoris periculum; atque hoc agere Paulum, licet de iſto quoque tacet caſu. Quo argumento? non alio, quam quod lecti non periere fatali caſu; ſed conciſi & perditi ſunt injuria Ædilis. nec male viſum Veteribus, injuriam venditori factam, venditori nocere; ſicut injuria emptori facta, emptori nocet. Eſt vero ei conſequens; ut tum emptori adverſus venditorem, cui nihil imputari poteſt, actio ex empto detur : non ad id quod ejus interſit rem tradi ex natura ejus actionis, ſed ut pretium, ſi quod forte ſolvit, ei a venditore reſtituatur. Fuiſſe autem lectos ab Ædile nullo jure conciſos, non quidem liquet in *d. l.* 12. & 14. ſed ex interjecta *d. l.* 13. intelligitur. Breviter ſic Paulus.

Pluribus Africanus in *l.* 33. & *l.* 35. *D. Locati.* Ibi proponitur fundus venditus, & antequam vacuus traderetur, eſſe publicatus nullo venditoris merito, ſola belli injuria, cui reſiſtere non poterat venditor. id ſæpe contigit: ac factum aliquando fuit gratia Principis; ut tum ager veteri poſſeſſori totus, vel pro parte, reſtitueretur. Exemplum ſi quis deſideret; eſt apud Virgilium *Eclog.* 1. ad quam poteſt etiam addi in Notis Servius. aliud exemplum apud Paulum *l.* 11. *D. de evict.* & Ulpianum *l.* 15. *D. de rei vindic.* Sit igitur fundus venditus, ante traditionem publicatus nulla venditoris culpa, mera belli injuria, adeo vi & potentia ejus cui reſiſtere

non

non poterat venditor. in ea ſpecie ait Africanus, ablatum venditori fundum, antequam traderetur vacuus, ſpectare ad venditoris damnum: quaſi conveniat bonæ fidei ad quam hæc rediguntur, a regulis juris recedi propter injuriam venditori re ſalva humano facto contingentem; nulla aut naturali aut civili ratione, cur injuria ei facta ejus perſonam egrediatur. Sic cenſeo, & eſſe ab hac cauſa, quod Africanus emptori adverſus venditorem concedit ex empto actionem, non ad hoc quod ſua interſit, fundum traditum eſſe: ſed ut pretium ei reſtituatur. & optime: nam ſi non poteſt venditori imputari culpa, cur non tradat emptori fundum venditum: an patiatur bona fides, qua finitur ex empto actio, eum emptori teneri ad præſtationem ejus quod intereſt, tantum culpæ coërcendæ gratia comparatam? poteſt, fateor, res vendita in propoſito extans, præſtari per rerum naturam. ſed ea præſtatio extrinſecus impeditur citra culpam venditoris. qua in ſpecie emptor ſummo quidem jure habet actionem ex empto ad præſtationem rei emptæ: alioquin ad id quod ejus intereſt, eſſe præſtitam: ſed nihilominus convenit officio Judicis, ex bona fide judicantis; ne ſtetur ſummo jure, ſed res ſic temperetur, ut venditor, ſi paratus ſit emptori pretium reſtituere, ejus præſtatione ab emptore liberetur: perinde ac ſi nulla eſſet emptio. Atque ut hujuſmodi publicatio, Principali præcepto facta ante traditionem, venditorem injuria afficit; ideoque emptori nocere non debet: ita longe eſt; ut ulla ſinat æquitas, e diverſo talem publicationem, jam poſt emptionem conſummatam, ut tum in emptoris injuriam ſit, ad venditoris damnum tranſire. Mitto verba: ſic Paulus *l.* 11. *D. de evict.* nam huc intendit: futuros, inquiens, caſus evictionis poſt contractam emptionem, (tu puta conſummatam emptionem: non enim conſenſu perfecta emptio, ſed traditione impleta, intelligenda eſt) ad venditorem non pertinere. ſcilicet, quia emptori poſt traditionem incumbentes, ejus infortunio imputari debent; venditori certe, cujus nulla culpa eſt, cur magis noceant, quam alii cuicumque, cauſa non eſt *l.* 51. *D. & l.* 8. *C. de evict.* Sed liquet, ab Africano tractari caſum plane ſingularem, nec ad conſequentiam trahendum. Magis tamen id liquebit collatione *d. l.* 33. eum *l.* 39. *D. de ſolut.* quæ ſimiliter eſt Africani, atque ex eodem *libro* VIII. *Quæſtionum* ex quo eſt *d. l.* 33. inde enim intelligitur, Africanum alias ſequutum communes juris regulas, exiſtimaſſe mercem, perfecta emptione, eſſe periculo emptoris, ab eoque pretium venditori nihilominus perſolvi.

TITULUS VII.

De ſervis exportandis, vel ſi ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

Neſcio, an præſtiterit, hoc Titulo tradita poni, ubi quæſitum fuit de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis. occupati enim proximi fuere Tituli in explicandis effectibus perfectæ emptionis & venditionis. præſens vero quid agit, niſi de pactis in ſervorum venditione adhiberi ſolitis? Sed aliter viſum Architectis Juris: eoſque ſequi nos duces oportet. Sit igitur exemplum hujus Tituli, ſi mancipium ita venierit, ut extra Urbem, vel Italiam, vel Provinciam, exportetur, utve ei aliquo ſit interdictum pomærio. aliud, ne mancipium proſtituatur: item, ut manumittatur; aut, ne manumittatur. In his porro quid ſervetur, ſatis erit legiſſe loca, ea explicantia. Nec diſſuadeam tamen, ad *l.* 7. *&* 6. §. 1. conſuli a me ſcripta *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* XI. *p.* 513. item *ad l. ult.* annotata a Rævardo *lib.* I. *Var. c.* 21. Cujacio *lib.* 10. *Obſerv. c.* 21. & Giſanio *ad l.* 122. *D. de verb. oblig. n.* 28. *p.* 966.

LIBER DECIMUSNONUS.

TITULUS I.

De actionibus empti & venditi.

TERTIUS effectus perfectæ emptionis & venditionis (nam eo redit Titulus) eſt obligatio; ex eaque duplex actio certa & nominata: ſicut ipſe contractus eſt certus & nominatus; idemque ultro citroque obligatorius *l.* 19. *D. de verb. ſignif.* Ea actio in Rubrica vocatur empti & venditi: utraque directa; neutra contraria: utroque contrahente de eo peræque agente de quo initus principaliter eſt contractus. ergo utramque etiam eſſe bonæ fidei, veriſſime intelligitur ex §. 28. *Inſt. de act.*

Actione ex empto (de hac primum agam) is qui emit, utitur *l.* 11. *h. t.* etiam ſi pretium nondum ſolverit: modo pretium, cum ex empto agit, integrum venditori offerat. quid, ſi partem offerat? ait Ulpianus, nondum eſſe ex empto actionem *l.* 13. §. 8. id eſt, nondum cum effectu eſſe: & cauſatur, quod venditor interim poteſt eam rem quam vendidit, quaſi pignus retinere. Quærentibus porro ad quid detur hæc actio: ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. in primis ſciendum eſſe, in hoc judicio id demum deduci quod præſtari convenit. & pro ratione addit; quod cum ſit judicium bonæ fidei, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præſtari, quod inter contrahentes actum eſt. quod ſi nihil convenit: tunc ea præſtabuntur quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate. Et in primis (inquit §. 2. *d. l.* 11.) ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt tradere. quæ res, ſiquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: ſi non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, ſi modo pretium eſt numeratum, aut eo nomine ſatisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Tenetur igitur ex ſententia Ulpiani venditor, emptori tradere rem venditam. hoc autem cum dicimus; non ſufficit, qualiter qualiter tradi; ſed oportet vacuam poſſeſſionem tradi. hoc enim Paulus vult *l.* 2. §. 1. *h. t.* & addit, non intelligi vacuam poſſeſſionem emptori traditam: ſi alius in ea legatorum fideive commiſſorum ſervandorum cauſa in poſſeſſionem eſt, aut creditoris bona poſſideantur: idemque eſſe, ſi venter in poſſeſſione ſit: nam & ad hoc pertinere vacui poſſeſſionem. imo Ulpianus *l.* 52. §. 1. *D. de verb. oblig. Si quis*, infit, *vacuam poſſeſſionem tradi promiſerit, non nudum factum hæc ſtipulatio continebit, ſed cauſam bonorum.* Hoc vero ſignificat, rem ita tradi oportere; ut traditio ei cui traditur, ſit cauſa bonorum, ſive cauſa qua fiat; ut res tradita in bonis ejus habeatur. quod tum fit, ſi ei liceat, eam ita habere; ut alii non liceat, eam auferre, eo invito *l.* 52. *D. de adq. rer. domin.* Proinde ait Pomponius *l.* 3. *h. t.* rationem poſſeſſionis quæ a venditore fieri debeat, eſſe talem: ut ſi quis eam poſſeſſionem jure avocaverit, poſſeſſio tradita non intelligatur. Et eſt hic obſervandum: quod negat, pro tradita intelligi poſſeſſionem, ſi quis eam jure avocaverit: nam hoc evincit, venditori ſatis eſſe, quamdiu id non contigit, quod emptori licet eam rem, quamvis aliena ſit, habere: emptorem certe debere ea poſſeſſione contentum eſſe: nec adverſus venditorem, ante evictionem, habere actionem: niſi ut ei poſſeſſio tradatur, & ei habere licere caveatur *d. l.* 11. §. 2. & 8. *h. t.* de quo plenius *ſub. Tit. De evict.*

Tenetur igitur venditor emptori tradere vacuam rei venditæ poſſeſſionem: ſi præſertim res ſit corporalis: nam ſi iter, actum, viam, aquæductum, per tuum fundum emero; vacuæ poſſeſſionis traditio nulla eſt: cum res incorporalis neque teneri, neque poſſideri poſſit. quare ait Pomponius *d. l.* 3. §. 2. *h. t.* te cavere debere, per te non fieri quo minus utar. Hoc nunc obiter: plura etiam de origine & progreſſu traditionis in ſervitutibus tradidi ex profeſſo diligentiſſime *lib.* 2. *De uſufructu c.* 2. ubi, ſi placet, vide.

Interim nec hoc præteribo, quod cum dicitur, venditorem tradere rem venditam oportere; hoc deſignatur, eum debere facere traditionem ejus cum acceſſionibus: de quibus actum *ſub Tit. De periculo & commodo rei venditæ.* Similiter non eſt dubium, quin ſub rei appellatione ejus partes contineantur, vel quæ quaſi partes, vel propter ædes perpetui uſus cauſa habentur, quæve affixa ſunt, aut terra continentur. longum foret, ſi velim enumerare exempla. extant in *l.* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 15. 16. 17. *pr.* §. 7. 8. *l.* 38. §. 2. *D. h. t.* & poſſunt ibi videri. potius monebo, non ſpectare huc ruta, id eſt, eruta; uti arena, creta, alia: nec cæſa; fac, arbores cæſas, item carbones *l.* 17. §. 6. *l.* 18. §. 1. *h. t. l.* 241. *D. de verb. ſignif.* non enim ſunt ædium, neque fundi *l.* 66. §. *ult. D. de contrah. empt.*

Tenetur igitur hac actione venditor, rem venditam emptori tradere: non quidem, ut emptoris eam faciat; ſed ut eam habere emptori liceat: niſi fundum dari ſtipulanti ſponderit: nam tum cogi, ut fundum emptoris

fa-

faciat, Ulpianus ait *l.* 25. §. 1. *D. de contrah. empt.* at quo ſenſu, expoſui *lib.* 2. *Probabil. c. ult.* Reſtat, quid juris ſit, ſi venditor non tradat rem venditam: & quidem, ſi non poſſit tradere, impeditus caſu fortuito, abſolvendum eſſe, oſtendi ſub *Tit. De periculo & commodo rei venditæ.* ſin id fiat ejus dolo aut culpa; certum eſt, eum teneri ad id quod emptoris intereſt, rem eſſe traditam. ſic enim ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t. Si res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur: hoc eſt, quod rem habere intereſt emptoris. hoc autem interdum pretium egreditur, ſi pluris intereſt, quam res valet, vel empta eſt.* Nimirum, quia hac formula (ut Paulus obſervat *l.* 13. *D. Rat. rem hab.*) continetur, quantum mihi abeſt, quantumque lucrari potui. Sic eſt; ſi venditor nequeat rem venditam tradere dolo aut culpa ſua. At quid, ſi poſſit, ſed nolit, tradere? hic in partes iverunt Interpretes: aliis exiſtimantibus, eum cogi præciſe, ut tradat rem venditam: aliis contra, defungi præſtatione ejus quod intereſt, nec ad traditionem ipſius rei cogi. Mihi placet, hanc litem dividere in duas partes: prior quærit, an venditor cogatur rem venditam emptori tradere? altera quærit, quo modo ea coactio fieri debeat? quod ad priorem attinet; nulla dubitatio eſt, quin venditor poſſit ad rei venditæ traditionem cogi: ſicut ad eam tenetur, eo quod ſe venditione ad ejus traditionem obligavit. obligatio autem eſt juris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura *pr. Inſt. de obligat.* igitur tenetur venditor emptori rem venditam tradere: & ſi ceſſet, actione ex empto ad id cogitur. Res clara & certa: ſed nil vetat, eam firmare auctoritate Juſtiniani: in §. 2. *Inſt. de donat.* dicentis, donationem nudo conſenſu perfectam, ad exemplum venditionis in ſe habere neceſſitatem traditionis: ut etiam, ſi non tradatur, habeat pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas donatori incumbat. Secundum hoc igitur non eſt dubium, quin & donator & venditor recte putetur ad rei venditæ traditionem teneri, cogi, compelli. atque ita Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 13. & alii *l.* 46. *l.* 50. *D. h. t. l.* 28. *D. de donat.* Profligata eſt prior pars propoſitæ quæſtionis, an venditor cogatur rem venditam tradere. altera eſt de modo, quo cogi debeat? is non eſt alius, quam præſtatio ejus quod emptoris intereſt, rem venditam ei eſſe traditam. Non eſt, quod quæras: certis argumentis in *l.* 11. §. 8. *& 9.* item *l.* 9. *D. h. t.* accedit, quod in *l.* 10. *D. Quib. mod. pign. vel hypothec. toll.* venditor non tradens, cum poteſt, rem venditam, dicitur ad id quod intereſt condemnari. Præterea in *l.* 4. *C. h. t.* ſic reſcribitur a Diocletiano & Maximiano; *Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris* (quid deſignet *procacia venditoris*, puto, optime intelligi ex Notis Eruditiſſimi Schefferi *ad Phædr. lib.* 1. *Fab.* 3.) *non fiat: quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus Præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Forte abſurdus videar, poſt hæc ulterius monſtrare præſumens, quod ex ſuperioribus liquet, venditorem quidem cogi, rem venditam emptori tradere; ſed dumtaxat præſtatione ejus quod intereſt. Non debeo tamen præterire, quod Imp. Juſtinianus *l.* 17. *C. de fide inſtrum.* ex uſu fori venditori palam concedit electionem, utrum malit, emptori rem venditam tradere, an id quod intereſt præſtare: Verba Juſtiniani ſi quis deſideret, hæc ſunt, *Quod pretio ſtatuto, neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris intereſt, ei perſolvere.* Nec hoc abhorret a regulis juris: quæ faventes libertati publicæ interpretantur, ſervile eſſe atque indecorum, civem Romanum præciſe cogi facere quod promiſerit; ideoque oportere eum liberari ſolutione ejus quod intereſt. prorſus non inique: ſive de promiſſore, ſive de ſtipulatore, quæratur. illum certe quis ferat querentem de ſeveritate hujus juris, quam ei liceat evitare traditione rei promiſſæ: hic vero volens alium ſibi obligare, creditus fuit ſpectare ad lucrum quod ſtipulatione affectet, aut ad damnum quod alioquin metuat: ideoque alterutrum ſi impetret, habere quod aut ſtipulatione aut emptione ſibi deſtinavit: poteſtate juris obligationem promiſſæ rei aut facti in obligationem ejus quod intereſt transferente. Aut fallor, aut hoc ſignificat Celſus *l.* 13. §. 1. *D. de re judic.* ſic ſcribens: *Ita habeatur: facit quod promiſit: ſi minus, quia non facit quod promiſit, in pecuniam numeratam condemnatur, ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Sic Celſus: ante Tubero. Ulpianum audi *l.* 72. *D. de verb. oblig. Celſus refert, Tuberonem exiſtimaſſe, ubi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Fuit hoc vel ideo monendum, ne quis putet, quod multis ſedet, ſi pro re vendita aut promiſſa poſſit peti aut ſolvi id quod intereſt, aliud pro alio ſolvi, contra *l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* etiam peti aliud, quam quod debetur, aliud certe adjudicari; cum ultra id quod in judicium ſit deductum, excedere nequeat poteſtas Judicis *l.* 18. *D. Commun. divid.* Sed enim apparet, æſtimatione ejus quod intereſt in locum dationis aut facti ſuccedente juris vi & poteſtate, nec ſic aliud pro alio ſolvi, peti, aut adjudicari. Aliquis hæc largiatur in factis meris: qualia ſunt, foſſam fodere, Romam ire, & ſimilia, ſervitutem, ſi cogantur, redolentia: non æque in his quæ ad dationem accedunt, ut eſt, vacuam poſſeſſionem tradere. non enim continere nudum factum, ſed cauſam bonorum *l.* 52. §. *D. de verb. oblig.* eoque non admittere liberationem, niſi dominio omnimo-

do ſtipulatoris facto *l.* 75. §. *ult. D. eod. tit.* denique non habere opus, promiſſorem cogi ad traditionem rei quæ poſſit auferri manu militari *l.* 68. *D. de rei vindic.* Sed apage hanc comparationem: quam enim ob cauſam placuit, in ſpecie *d. l.* 68. manum militarem adhiberi; hanc ob cauſam eam, in propoſito adhiberi non placuit. itane? niſi intereſt: quod in *d. l.* 68. agitur; ut res petita a poſſeſſore cujus nullum jus eſt, manu militari auferatur, & domino cujus judicata eſt, reſtituatur. at contra fieret hoc judicio: nam eo res domino auferretur in honorem ejus qui non eſt dominus. quod Veteribus durum eſſe viſum eſt.

Etiam ſolet hic injici ſcrupulus ex Reſcripto *l.* 6. *C. de reſcind. vendit.* verba ſunt: *Non eſt probabilis cauſa, propter quam reſcindi conſenſu factam venditionem deſideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori: tamen invitus ad reſcindendam venditionem urgeri non debet.* Proponitur conſenſu facta venditio. eam venditor petit ab Imperatoribus reſcindi: hac cauſa, quod eſt paratus, emptori duplum pretium reſtituere. Quid Imperatores? negant, emptorem, quamvis oblato duplo pretio, invitum urgeri ad reſcindendam venditionem oportere. nolunt igitur, venditorem traditione rei venditæ liberari propter oblationem ejus quod intereſt, duplum veri pretii numquam excedentis. *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt profer.* Quid dicimus? Imperatores ſollicitari ad aliud, quam quod agit propoſita quæſtio. non enim deſiderat hic Conſultor; ut venditor actione ex empto conventus, cum adhuc integra res eſt, ablatione ejus quod intereſt liberetur præciſa neceſſitate tradendæ rei venditæ: qui eſt finis ſubjectæ quæſtionis. verum contra petit: ut emptor, facta jam traditione, contemplatione oblati dupli pretii, adverſus juris regulas Principis auctoritate cogatur ei reſtituere rem traditam. Hoc vero ei non indulgetur, & optima ratione; quia emptor traditione factus dominus, jam ipſe debet eſſe moderator & arbiter rei ſuæ: ſicut & venditor ante rem venditam & traditam erat ejus dominus & arbiter, ideoque eam invitus vendere & tradere non cogebatur. Sic mihi videtur, & a Conſultore non quæri, quid in propoſito uſus obſervari poſtulet apud Prætorem legibus alligatum, inſtituta actione ex empto aut vendito. contra peti, venditionem adverſus juris regulas extra ordinem reſcindi ex Reſcripto Principis, legibus ſoluti: ut in *l.* 7. *C. d. t.* & *l.* 12. *C. de rei vindic.* de qua ſupra dixi, ſub Tit. *De condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Habes *d. l.* 6. ſenſum verum, & clarum. Niſi obſtat, quod in ea conſenſu facta dicitur emptio: eoque ponitur adhuc fuiſſe integra. hoc certe ſenſu ſæpe accipi talem locutionem, negari nequit. Verum in præſentia non eſt ſic explicanda: ſed pro ea quæ eſt jure perfecta, id eſt, non vi, nec dolo malo: plane, ut in præcedente *l.* 5. *C. de reſcind. vend.* Audio: ſed quo ſigno? indubitato in his verbis, *Quamvis duplum offeras pretium:* quibus, niſi lubet cavillari, oblatio numerati pretii cum altero tanto nondum numerato, evidenter deſignatur. Tantum de actione empti.

Sequitur venditi actio. hæc venditori competit adverſus emptorem. ad quid? ad conſequenda ea quæ ei ab emptore præſtari oportet *d. l.* 13. §. 19. ex fide bona. Veniunt igitur in hoc judicium infra ſcripta: in primis pretium, quanti res venit *d. l.* 13. §. 19. ſicut in actionem ex empto venit res vendita. ſed ut par hac in parte eſt emptoris & venditoris cauſa: ita iſta eſt differentia, quod venditor non cogitur rem emptoris facere; emptor contra debet nummos facere venditoris *l.* 11. §. 2. *h. t.* videlicet, quia emptor & venditor in contrahendo ſpectant rem in ſpecie certam, non in genere aliquam. illa igitur in ſpecie empta & vendita, in ſpecie tradi debet; alia pro alia tradi non debet. adeo talem dat venditor, qualem vendidit: id eſt, ſuam, ſi eſt ejus: alioquin alienam, ad quam ſpectarunt contrahentes. Aliter eſt in nummis: hos emptor & venditor non deſignarunt in ſpecie certos quos habeat emptor: ſed in genere aliquos. ita emptor, ut proprios habere poteſt, ſic proprios ſolvere debet: nec liberatur ſolutione eorum quos habet, ſi ſint alieni: cum ad eos in ſpecie non reſpexerint contrahentes.

Præter pretium, quanti res vendita eſt, in hoc judicium etiam veniunt uſuræ pretii poſt diem traditionis: nam cum re emptor fruatur; æquiſſimum eſt, eum pendere uſuras pretii; æqualitatis inter contrahentes ſervandæ gratia *d. l.* 13. §. 9. *D.* & *l.* 5. *C. h. t.* ad quam ſcripſi, *De fœnor. & uſur. lib.* 3. *c.* 10. poſſeſſionem porro accipere debemus, etſi precaria ſit: hoc enim ſolum ſpectare debemus, an habeat facultatem percipiendi fructus *d. l.* 13. §. 21. Sic: ſi venditoris ultra uſuras non interſit. ſed quid, ſi negotiator ſit, iſque potuerit, repræſentata pecunia, facere lucrum majus? Hermogenianus *l.* 19. *D. de peric. & commod. rei vend.* ſic finit: *Venditori, ſi emptor in pretio ſolvendo moram fecerit, uſuras duntaxat præſtabit, non omne omnimodo quod venditor, mora non facta, conſequi potuit; veluti ſi negotiator fuit, & pretio ſoluto, ex mercibus plus, quam ex uſuris quærere potuit.* Notabilis locus: cujus rationem dedi *lib.* 2. *De fœn. & uſur. c.* 6. ibidemque etiam expoſui *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco:* quæ poterat aliquam ei adferre difficultatem.

Præterea ait Ulpianus, quod ex vendito agendo venditor conſequetur etiam ſumptus a ſe factos in re diſtracta: ut puta, ſi quid in ædificia diſtracta erogatum eſt. ſcribit enim Labeo & Trebatius, eſſe ex vendito

hoc

hoc nomine actionem. idem & ſi in ægri ſervi curationem impenſum eſt ante traditionem; aut in diſciplinas quas veriſimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius ait Labeo, & ſi quid in funus ſervi mortui impenſum ſit, ex vendito conſequi oportere: ſi modo ſine culpa venditoris mortem obierit. *l.* 13. §. 22. *h. t.*

TITULUS II.

Locati conducti.

Poſtrema ſpecies contractuum, qui conſenſu conſtant, eſt locatio conductio. de qua propoſitum a Prætore fuiſſe Edictum, intelligitur ex pleriſque hujus Tituli Fragmentis, quorum Inſcriptio eſt Ad Edictum. ipſum non extat: ſed poteſt hunc in modum concipi. *Quod locatum & conductum eſſe dicetur, de eo judicium dabo.*

Utilitas hujus Edicti evidens eſt. quippe eo pertinet: ut homo hominem juvet, re aut opera alterius indigentem: ſicut in commodato quoque & mandato fieri monui. ſola differentia eſt: quod hi contractus ad officium ſpectant inter amicos & neceſſarios, ideoque ſunt gratuiti: cum locatio conductio magis extraneos ad opem mutuam utilitatis permutatione jure gentium invitet.

Ait Prætor, *Quod locatum & conductum eſſe dicetur.* Quid hæc verba proprie ſignificent, & quemadmodum diſtinguantur, non caret difficultate. Mihi ſic videtur, quod locatio eſt duplex: alia rerum, alia operarum. Nonius: *Locandi manifeſta ſignificatio eſt, ut aut operis locandi, aut fundi.* Utriuſque diſcrimen cum in rebus, tum in perſonis, de quibus & inter quas contrahitur, eſt inſigne. nam ſi uſus rei mutetur certa mercede pecuniaria; locatio conductio eſt, & certa locatoris & conductoris perſona. Iſidorum audi *lib.* 5. *Origin. c.* 25. *Locatio eſt res ad uſum data cum diffinitione mercedis. conductio eſt res in uſum accepta cum conſtituta mercede.* Operarum diverſa ratio eſt. non enim omnes locantur. contra ait Paulus *l.* 5. §. 2. *D. de præſcript. verb.* eſſe quæ ſolent locari; eſſe etiam quæ non poſſint: de quibus mox. præterea quæri poteſt locatis operis, quis locator, quis conductor ſit. eſt enim, ubi locator operam præſtat, & conductor ea utitur. eſt quoque, ubi ille conductor, hic locator, appellatur. Exempla ne deeſſent, appoſui *l.* 19. §. 9. juncta *l.* 22. *D. h. t.* In hac difficultate ad probabile accedit ſententia Jacobi Cujacii, V. Cl. *lib.* 2. *Obſerv. c.* 28. exiſtimantis, intereſſe, a quo incipiat contractus: ac ſecundum hoc qui dat utendum vel faciendum, locator; & qui accipit, conductor vocatur. nec male in *l.* 2. *& l.* 10. *D. de leg. Rhod. de jactu* navis magiſter, navem dans utendam, locator eſt: idem, merces vehendas accipiens, eſt conductor; licet utroque caſu mercedem accipit. e diverſo dominus mercium priore caſu conductor, poſteriore locator eſt; quamvis utroque caſu mercedem dat. Ita expedita res eſt: ſi appareat, a quo cœperit contractus. quod ſi id ignoretur: jam ignoratur, uter ſit locator, uter conductor: ſimul utra actione ſit agendum, locati, an conducti: præſtatque, agi actione præſcriptis verbis: cui ſemper locus eſt; ubi dubitatur, an ſit actio, aut quæ ſit. Sic Cujacius: & præit Papinianus *l.* 1. §. 1. *D. de præſcriptis verbis.*

Sed plenius conſideranda locatio conductio. eſt autem contractus juris gentium, bonæ fidei, conſtans conſenſu quo agitur, ut uſus fructuſve rei aut opera cum certa mercede pecuniaria permutetur. primum, an locatio conductio ſit contractus, vix dubitari poteſt: quia eſt conventio locatoris & conductoris ſua vi idonea ad producendam jure civili obligationem & actionem: quæ indicio Rubricæ locati conducti vocatur. Eſt igitur contractus: ſed juris gentium, auctore Paulo *l.* 1. *h. t.* quia a Jure Civili non accepit novam formam: contenta naturali ſimplicitate. Addidi, quod eſt bonæ fidei: ſic enim vocatur §. 28. *Inſt. de actionib.* & eſt ratio; quod ab utroque latere eſt obligatorius: quales contractus bona fide reguntur. Cætera definitionis verba evincunt, locationem & conductionem conſiſtere ex tribus: nempe ex conſenſu, mercede, item uſu rei aut opera: ideoque dici ab Ulpiano *l.* 2. *h. t.* proximam, hoc eſt, ſimilem, emptioni & venditioni; hiſdemque juris regulis conſiſtere. E re erit, hæc paucis demonſtrari.

Prima ſimilitudo Ulpiano *d. l.* 2. hæc eſt: quod ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de pretio convenerit: ſic locatio & conductio contrahi intelligitur; ſi de mercede convenerit. perficitur igitur nudo conſenſu; pariter ut emptio venditio: cum uterque contractus ſit naturalis & omnium gentium; eoque nec verba, nec aliam ſolemnitatem deſideret: ut latius traditum ſuperiore libro tit. 1. Tantum nunc addam: quod nec refert locationis & conductionis; utrum palam ſit conſenſum, an tacite: nam vel hoc fieri, pulchre oſtendit Ulpianus *l.* 13. §. 11. *& l.* 14. *h. t.*

Alterum quo locatio conductio emptioni venditioni aſſimilatur, eſt merces. nam ut emptio venditio ſine pretio, ſic locatio conductio ſine mercede, nulla eſt: recteque negat Paulus, iſtam contrahi donationis cauſa *l.* 24. §. 1. *D. h. t.* imo Ulpianus *l.* 46. (de qua plura *ſuperiore libro tit.* 1.) *Si quis*, in-

quit,

quit, *conduxerit nummo uno, conductio nulla eſt:* præfatus, quod *& hoc donationis inſtar inducit.* Nec tamen id obſtat, quo minus ſic recte idem ſcribat *l. 5. h. t. Si tibi habitationem locavero, mox penſionem remittam, ex locato & conducto agendum erit.* Loquitur enim hic de locatione ab initio perfecta, non donandi animo, ut ſupra, ſed negotiandi: etſi mox, id eſt, poſt, ex intervallo, remiſſa penſio ſit. fuit igitur contractus ab initio perfectus: atque ex eo utrimque nata obligatio & actio: nec eſt cur ea idcirco eſſe deſinat, quod remiſſa penſio fuit: quia nec ſi ſoluta ſit, eſſe deſinit. & quid intereſt, utrum ſoluta ſit, an remiſſa: cum & remiſſio pro ſatisfactione, ſeu ſolutione cedat *l. 52. D. de ſolut.*

Superiori ſimilitudini accedit, quod ut pretium in emptione venditione debet certum eſſe; ſic oportet mercedem in locatione conductione eſſe certam: ſive nomine ſuo, ſive ex certa demonſtratione: qualis eſt, ſi merces alieno arbitrio ſit commiſſa *l. 25. D. &* §. 1. *Inſt. h. t.* Hoc amplius debet merces conſiſtere in pecunia numerata. alioquin eſt contractus innominatus do ut facias; locatio conductio non eſt: quemadmodum, ſi pretium rei emptæ conſiſtat in pecunia numerata, eſt emptio venditio, alioquin contractus innominatus do ut des. Hoc modo Paulus *l. 5.* §. 1. *D. de præſcript. verb.* Ulpianus *l. 1.* §. 9. *D. Depoſiti.* & poſt utrumque Juſtinianus §. 2. *Inſt. h. t.* Eſt tamen ſcrupulus in *l. 21. C. h. t.* cujus hæc verba ſunt: *Si olei certa ponderatione fructus anni locaſti, de contractu bona fide habito propter hoc ſolum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.* Sed videamus; ne in fundo ſpecialiter ſit receptum favore rei ruſticæ; ut is poſſit locari non modo nummis, ſed etiam certa quantitate fructuum ex ea naſciturorum, verbi gratia, certo pondere olei. Nec audio Accurſium, *Gloſſa ad d. l. 21.* exiſtimantem, in ea non eſſe locationem conductionem, ſed contractum innominatum. primum enim pro locatione conductione facit Rubrica, *De locato & conducto:* ſub qua poſita lex eſt. accedit, quod contractus quo de agitur, in ea lege locatio vocatur. Alius adderet, quod is etiam dicitur bonæ fidei. Sed hoc minus urgeo: quamvis locationem conductionem bonæ fidei eſſe, non ignorem: cum etiam contractus do ut facias, tamquam præferens, permutationem utilitatis mutuæ, mea opinione, bonæ fidei ſit. Magis movet me, quod locator in *d. l.* negatur a contractu recedere ob id ſolum poſſe, quod ei ab alio plus offertur. id vero indigitat, in contractu quo de agitur, non eſſe locum pœnitentiæ: cui eſt in contractu innominato locus; in locatione conductione non eſt. Certa hæc atque indubitata. ſed æque hoc, quod in *l. 8. C. h. t.* ſimiliter promiſſis pro uſu fundi certis annuis quantitatibus, non dicitur contractus innominatus, ſed palam nominatur locatio conductio, manifeſtumque ejus jus deſcribitur.

Reliquum eſt, ut de locatione uſus ſeu fructus rei & operæ diſputemus. poteſt autem locari & conduci fructus omnis rei corporalis: quæ ſit in commercio, ſive mobilis, ſive immobilis, ſive ſeſe movens. etiam res incorporalis recipit locationem & conductionem: puta, uſusfructus: *l. 11.* §. 2. *D. de uſufruct.* §. 1. *Inſt. de uſu & habit.* nempe, quia ad fructum & compendium ſpectat. Nil mutat, quod uſusfructus eſt jus perſonæ: quia ea locatione ipſum jus apud fructuarium manet; perceptio vero fructuum quæ eſt facti, tantum ad conductorem pertinet *l. 66. D. de jur. dot.* Indeque ea locatio etiam finito uſufructu extinguitur *l. 9.* §. 1. *h. t.* Non tamen hæc vel ſic conſtat ſubtili jure, ſed benignitate Prætoria: quam indicavi *lib. 1. De Uſufructu c. 3.* In uſu non idem placuit: reſiſtente natura uſus, conſiſtentis intra neceſſitatem ejus cui conceſſus eſt: cujus anguſtiam egreditur merces ad compendium pergens *l. 10.* §. 1. *D. Commun. divid. d.* §. 1. *Inſt. de uſu & habebit.* Similiter negat Ulpianus *l. 44. D. h. t.* locari ſervitutem, id eſt, prædii ſervitutem: nam hanc ſervitutis appellatio ſæpe deſignat: ut indicavi *lib.* VII. *tit.* 1. talis vero ſervitus eſt jus ſive qualitas prædii §. 3. *Inſt. de rebus corporalib. l. 86. D. de verb. ſignif.* ideoque extra prædium cui inhæret, intelligi non poteſt *l. 20.* §. *ult. D. de ſerv. præd. ruſt. l. 6.* §. 2. *&* 3. *D. Si ſerv. vindic.*

De operarum locatione obſcurior eſt deliberatio. mitto turpes ac flagitioſas, legibus aut bonis moribus contrarias: nullo jure ad tuenda aut promovenda ſcelera comparato. De cæteris quæritur a turpitudine atque improbitate vacuis. nam vel ex iis aliquas locari poſſe, aliquas non poſſe, auctor eſt Paulus *l. 5.* §. 2. *D. de præſcript. verb.* In illis eſſe dicit, Si tibi do pecuniam, ut tabulam meam pingas: in his ſequens, Si tibi do pecuniam, ut ſervum tuum manumittas. Paulus quæſtionem finit exemplis: utinam regulam poſuiſſet! ultro liqueret ſententia. nunc conjectura agendum eſt. illa huc exit: aut tu in re mea aliquid facis; aut in re tua; aut in re neque tua, neque mea: ea lege, ut ego pro opera tibi dem certam pecuniam. primo caſu mea eſt ſubſtantia in qua tua ponitur opera: hac lege, ut pro opera tua accipias certam mercedem pecuniariam: verbi gratia, in exemplo Pauli tu tabulam meam pingis, hoc pacto; ut pro opera tua habeas certam pecuniam. non dubitat Paulus, eſſe locationem conductionem: quia opera tua locata in re mea, cum mea mercede commutatur. quod eſt proprium locationis conductionis. altero caſu tu aliquid in re tua facis: ita ut tua res cum tua opera ad me veniat; & tu pro utra-

que

que certam accipias pecuniam: in hoc caſu (quem omiſit Paulus *d. l.* 5. §. 2.) non putarunt Veteres, eſſe locationem conductionem; ſed emptionem venditionem: quia ut aliquid feceris meo nomine; tamen operam tuam non in mea locaſti ſubſtantia, ſed in tua: eoque non tam feciſti, ut ad me tua veniret opera; quam ut tua ſubſtantia, arte aut opera tua certo modo conformata, ad me proficiſceretur. non eſt igitur operæ & mercedis permutatio, ad quam intendit locatio conductio: ſed permutatio pretii mei & ſubſtantiæ tuæ, quæ eſt propria emptionis venditionis. Hæc, quantum ad unum Pauli exemplum, plane conſentanea exemplis & præceptis Veterum in *l.* 65. *l.* 20. *D. de contrab. empt.* & *l.* 2. *D. h. t.* claris & pulchris, ideoque dignis hic applicari. Succedit aliud Pauli exemplum in *d. l.* 5. §. 2. & eſt tale. Ego do tibi decem: ea lege, ut ſervum tuum manumittas. negat Paulus, eſſe factum locari ſolitum. Quæſo, qua ratione? duplice. prior eſt, quod in ea ſpecie aliquid quidem feciſti illa lege, ut haberes certam pecuniam; ſed nihil feciſti in meo: contra aliquid feciſti in tuo, atque ita ut inde nihil ad me veniret; cum locatio conductio illum habeat finem, ut frui liceat propter operam tuam in re mea collocatam. magis igitur putat Paulus, eſſe contractum innominatum do ut facias; quam locationem conductionem. Ab eadem cauſa pendet ſequens caſus: dedi tibi decem, ut meo nomine eas Romam. nam neque hic eſt locatio conductio: ſed (ſi audimus Ulpianum *l.* 5. *D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequut.*) contractus innominatus, do ut facias: nimirum, quia iter quod a te fit meo nomine, neque in meo, neque in tuo, fit: ſed in via publica; id eſt, in alieno. Ait autem Pomponius *d. l.* 20. *D. de contrab. empt.* non poſſe ullam eſſe locationem, ubi corpus ipſum non detur ab eo cui id fieret. aliter atque ſi aream darem, ubi inſulam ædificares: quoniam tunc a me ſubſtantia proficiſcitur.

Præter ſuperiora facta, ſunt & alia non aſſueta locari & conduci: etiam cum pro his datur aut promittitur pecunia. talia facta ſunt quæ beneficiis comparantur. nam hæc ab animo reputantur, & inæſtimabilia habentur; eoque mercedem operas explentem, ſine qua locatio & conductio nulla eſt, adſpernantur: cum addmittant honorarium ſive ſalarium. Differentiam indicavi ſupra *ad Tit. Mandati vel contra.* Ibidem etiam petivi exempla ab operis Medicorum, & Profeſſorum liberalium artium quos inter ſunt Geometræ qui & Agrimenſores & ſimpliciter Menſores *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si menſ. falſ. mod. dix.* aliique enumerati in *l.* 1. *D. de extraord. cogn.* Omnibus his habitus hic honor; (tantum valet uſus!) ut eorum operæ ad beneficia accedere crederentur: uſque adeo, ut quamvis vel ipſi æque atque opifices artificeſve alii mercedem pro arte aut opera re vera & paciſcerentur & acciperent; tamen non operam locare, neque mercedem pro opera aut arte, ſed honorarium vel ſalarium pro præſtito beneficio, accipere aut paciſci dicerentur. obſervavit hoc in Agrimenſore Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si menſ. falſ. mod. dix.* in Medicis ac Profeſſoribus artium liberalium Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 14. 15. & 16. additis rationibus ex Veterum ſententia: ut recte interpretatus eſt Vir Summus, Hugo Grotius, *Flor. ſparſ. ad d. Tit. de extraord. cognit.* fruſtra reluctante Claudio Salmaſio *Obſerv. ad jus Attic. c.* 25.

Porro ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Hoc judicium eſt duplex: alterum locati, alterum conducti. illud locatori, hoc conductori, competit *pr. Inſt. h. t.* utraque actio directa, neutra contraria: pari locatoris & conductoris jure. interim quia ultro citroque datur, bonæ fidei eſſe hoc judicium, vere adnotavit Juſtinianus §. 28. *Inſt. de actionib.* Primum attingam actionem conducti: quam Ulpianus *l.* 15. *D. h. t.* ait conductori dari, puta, adverſus locatorem cum quo contraxit. ad quid? quod conductori a locatore præſtari oportet ex fide bona. proinde ſi quid ſpecialiter convenit, ad hoc tenetur locator. ſin minus; duplex eſt ejus obligatio: una, ut præſtet conductori frui licere: altera, ut indemnis ei ſit conductio. prima agendi cauſa eſt; ut liceat conductori frui: hoc eſt, percipere utilitatem & commoditatem, a fine rei conductæ venientem. hoc modo fruitur conductor domo quam inhabitat; item fundo ex quo fructus percipit, ſive per ſe, ſive per alium cui domum aut fundum ſublocavit: natura enim fructus ſponte vel facto humano producit. penſiones mercedeſque juris interpretatione fructus habentur: ut oſtendi *lib.* 1. *De uſufructu c.* 3. Inde Imp. Alexander *l.* 6. *C. h. t.* *Nemo*, inquit, *prohibetur rem quam conduxit, alii locare, ſi non aliud convenit.* idem apparet ex *l.* 24. §. 2. *D. eod.* Eſt vero ſic jus conductori, eam alteri ſublocare, non modo tanti, quanti ipſe conduxit; ſed etiam pluris, atque ex illa locatione lucrum facere *l.* 30. *D. d. t.* Competit igitur conductori actio ex conducto adverſus locatorem; ut præſtet frui licere & ſibi & cui fundum ſublocavit. Nec hoc contenta eſt hæc actio: plus petit, ut conductor, aut is qui ab eo conduxit, habeat omnia ſine quibus illi frui non liceat. conſequenter debet locator præſtare detentionem: qua ſine frui conductor nequit. An & poſſeſſionem? forte ambiges, propter *d. l.* 15. §. 1. Sed ſufficit conductori detentio; cum æque frui poſſit, ſi detineat; licet non poſſideat. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 9. *D. de rei vindic.* eum detinere; poſſidere negat. Atqui in *d. l.* 15. §. 1. ſic extat: *Competit ex his cauſis fere: ut puta, ſi re quam conduxit, frui ei non licet, forte quia poſſeſſio aut totius agri, aut partis non præſtatur.* Sed poſſeſſionem pro corporali deten-

detentione ſumi, ne mirere. Id ſæpe fieri probavi *lib.* 1. *De uſufructu c.* 3. Quid, ſi præterea Labeo *l.* 60. §. 1. *h. t.* ſic ait: *Heredem coloni, quamvis colonus non eſt, nihilominus domino poſſidere, exiſtimo.* Sic ille & noſtræ ſententiæ convenienter: nam ſi domino poſſidet colonus; ipſe non poſſidet, ſed dominus, cujus nomine poſſidetur *l.* 18. *D. de adq. poſſeſ.* detentionem igitur, non poſſeſſionem petet conductor; multo minus dominium. nam frui poteſt, quamvis non ſit dominus: ut in commodato quoque obſervatum. Sic habet cauſam hoc Ulpiani *l.* 39. *D. h. t. Non ſolet locatio dominium mutare.* Aliquando tamen aliter eſſe, intelligitur ex *l.* 31. *d. t.* ad quam more ſuo erudite Cujacius *lib.* 7. *Obſerv. c.* 39. Ne ad hæc quidem ſubſiſtit conducti actio. quin præterea petit cætera ſine quibus frui non poteſt conductor. ſane fundo locato, petet ſibi præſtari inſtrumenta ſine quibus fundus non poteſt coli. quænam autem hæc ſint, pete ab Ulpiano *l.* 19. §. 2. & ſingula in Notis explicat Dionyſius Gothofredus. Jam domo aut villa locata, præſtari refectionem, præter Ulpianum *d. l.* 15. §. 1. vult Paulus *l.* 25. §. 1. & 2. *h. t.* Et eſt notabile hoc *l.* 60. *D. d. t. Cum in plures annos domus locata eſt, præſtare locator debet, ut non ſolum habitare conductor ex Kalendis illis cujuſque anni, ſed etiam locare habitatori, ſi velit ſuo tempore poſſit. itaque ſi ea domus ex Kalendis Januariis fulta in Kalendis Juniis permanſiſſet, ita ut nec habitare quiſquam, nec oſtendere alicui poſſet, nihil locatori conductorem præſtaturum: adeo ut nec cogi quidem poſſet ex Kalendis Juliis refecta domo habitare, niſi ſi paratus fuiſſet locator commodam domum ei ad habitandum dare.* Sic Florentiæ: ſed Haloander pro, *ex Kalendis illis* poſuit, *ex Kalendis Juliis.* quod, ut propoſito aptius, maluit Antonius Auguſtinus *lib.* 4. *Emend. c.* 14. multis demonſtrans, quod jam notum omnibus, tum adhuc notum non erat, migrationes Veterum fieri ſolitas fuiſſe Kalendis Juliis.

Huc uſque effectum eſt, locatorem conductori actione ex conducto teneri, præſtare frui licere. Quid, ſi non præſtet? dupliciter conveniri poteſt: alias ad id quod intereſt: alias ad remiſſionem mercedis: nam & dupliciter fit, ut non præſtet frui: primum dolo aut culpa; deinde caſu fortuito, cui reſiſti nequit. De priore Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 4. *Colonum ſuum non tenet, quamvis tabellis manentibus qui ſegetem ejus proculcavit, qui ſuccidit arbuſta: non quia recepit quod pepigerat; ſed quia, ne reciperet, effecit.* Sic Seneca: non male, ſed minus plene. curatius noſtri: quibus placet, locatorem, ſi conductorem frui impedit; aut ipſe dolo vel culpa facit, ne poſſit præſtare frui; conductori teneri non modo ad exonerationem aut reſtitutionem mercedis: ſed præterea ad omne quod ejus intereſt; adeoque ad reparationem damni quod patitur, & lucri quo caret: ut in omnibus faciendi obligationibus. quod ſi nullo locatoris dolo aut culpa, ſed aliqua externa vi, ſeu aliquo fortuito caſu fiat, ne præſtet frui licere: contra putarunt noſtri, non eſſe æquum, locatorem per quem non ſtet, quo minus præſtet frui licere, teneri ad omne quod conductoris intereſt; & tamen quia non præſtat quod convenit, conductori obligatum intelligi hactenus; ut ei mercedem pro rata aut remittat aut reſtituat: non ultra. Utramque partem hujus diſtinctionis exemplis pluribus executus eſt Africanus *l.* 33. & 35. *h. t.* priorem tractavit Alfenus *l.* 30. & Paulus *l.* 24. §. 4. *d. t.* nec minus idem *l* 7. & Tryphoninus *l.* 8. quas expoſuit Cujacius *lib.* 23. *Obſerv. c.* 30. & poſt eum Altiſerra ad *lib.* IX. *Diſputat. Tryphonini.* poſteriorem partem uno exemplo confirmavit Gajus *l.* 25. §. 6. pluribus Ulpianus *l.* 15. §. 2. *h. t.* ſed uterque obſcurius: ita nec peccavero, ſi eos paucis pro meo modulo adjuvero. Gaji verba *d.* §. 6. hæc ſunt: *Vis major quam Græci* Θεοῦ βίαν *appellant, non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus quam tolerabile eſt, læſi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus cui immodicum lucrum non aufertur.* Gajus loquitur de vi majore quam dicit Θεοῦ βίαν appellari. nempe ſolent Veteres caſus inſolitos quorum cauſa latet, Deorum iræ imputare. res notata a Seneca *lib.* 1. *De ira c.* 27. & *lib.* 6. *Natur. quæſt. c.* 3. item ab Arnobio *lib.* 1. *Adverſ. gent.* adſcribentibus tamen talia magis cauſis naturalibus: ut factum quoque a Javoleno *l.* 59. *h. t.* & aliis poſt hæc ſcripta nuper adductis diligentia Clariſſimi & Eruditiſſimi Viri, Everhardi Ottonis, Amici mei Chariſſimi, in elegante Diſſertatione *De præſt. caſib. ſolit. & inſolitis.* §. 2. & *ſeqq.* Quidquid eſt: (nam id definire non eſt hujus loci) ſi vis major conductorem impedierit frui; putat Gajus, locatoris damnum eſſe. huc autem redit hæc ſententia; ut velit, eum conductori mercedem remittere; ſed non ad id quod intereſt teneri: quaſi non ſinat æquitas, mercedem ſolvi a conductore cui locator viciſſim non præſtat frui, etſi vi majore impeditus. Eódem modo accipio Ulpianum *d. l.* 15. §. 2. ubi quæſito, ſi vis tempeſtatis calamitoſæ, id eſt, grandinis, contigerit; an locator conductori aliquid præſtare debeat: ſic ſubjicit Ulpianus. *Servius omnem vim cui reſiſti non poteſt, dominum colono præſtare debere ait.* Quo clarior fiat loci ſenſus, non inutiliter addam: quod reſponſio latius patet, quam quæſtio. eſt enim infinita Servii locutio de omni vi cui reſiſti non poteſt: cum tantum de vi majore, id eſt, de una parte cœleſtis injuriæ quærat Ulpianus. clare Plinius *lib.* 18. *Nat. hiſt. c.* 28. *Ante omnia duo genera eſſe cœleſtis injuriæ meminiſſe debemus. unum quod tempeſtates vocamus,*

in

in quibus grandines, procellæ, cæteraque ſimilia intelliguntur: quæ cum acciderint, vis major appellatur. hæc ab horridis ſideribus exeunt, ut ſæpe diximus, arcturo, orione, hædis. alia ſunt illa quæ ſilente cœlo, ſereniſque noctibus fiunt, nullo ſentiente, niſi cum facta ſunt. publica hæc & magnæ differentiæ a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus ſterilitatem. Sed, ut dixi, infinita eſt Servii regula, ad omnes fortuitos caſus quibus reſiſti non poteſt, reſpiciens: ſive ſint ab aliqua cœleſti injuria, ſive a quacumque alia vi externa. vult autem omnes domino nocere hactenus, ut mercedes amittat, non ultra. Conſideremus Ulpiani exempla. primum eſt *fluminum:* eoque indigitat, quæ ſunt aquarum magnitudines in *l.* 23. *D. de reg. jur.* alterum eſt *graculorum* & *ſturnorum.* hi ſunt aves edaces, gregatim volantes, ſæpe magno agmine: de quibus præter Budæum *Annot. priorib. ad Pand. p.* 313. Cujacius *lib.* 15. *Obſerv. c.* 28. Menagius, *Amœnit. jur. civil. c.* 38. & nuper D. Everardus Otto, in laudata modo *Diſſertatione* §. 6. *pag.* 304. Sequitur apud Ulpianum, *Et ſi quid ſimile acciderit, aut ſi incurſus hoſtium fiat.* Incurſui hoſtium compara vim prædonum ex *d. l.* 23. item exuſtionem ædium ex *l.* 9. §. 1. *h. t.* igne, puta, in eas foris illato. præterea publicationem vi belli contingentem potentia ejus cui reſiſtere non poſſit locator: item neceſſariam refectionem ob vetuſtatem ex *d. l.* 33. & 35. Sed quid illud, *Si quid ſimile acciderit.* Cujacius exempla petit ab agmine locuſtarum, paſſerum, gruum, murium: quorum etiam meminit Arnobius *d. lib.* 1. *Adverſ. gent.* Pergit Ulpianus: *Sed & ſi labes facta ſit, omnemque fructum tulerit: damnum coloni non eſſe: ne ſupra damnum ſeminis amiſſi mercedes agri præſtare cogatur.* Budæus *pag.* 316. pro *labes* legit *tabes*: fruſtra: nam labes (quod Cujacius animadvertit *d. c.* 28.) hic non eſt labes terræ: etſi ſic vocetur aliquando: nam de labe terræ agit Ulpianus paulo poſt: ſed labes eſt labes fructuum, flatu ventorum, ut incurſu pluviarum, aut alio caſu, contingens. Eſt mihi hoc eo probabilius: quia placet quoque Clariſſimo Viro Everhardo Ottoni, in ſæpius laudata Diſſertatione §. 6. *p.* 304. addam, quod æque libens video illic notari, quod obſervatum ante a Viris Clariſſimis, Gronovio *ad Livium*, & Drakenburgio *ad Silium Italicum*, voces has, *labes* & *tabes*, a Librariis ſæpiſſime confundi. Pergit Ulpianus *d.* §. 2. *Sed & ſi uredo fructum oleæ corruperit, aut ſolis fervore non aſſueto id acciderit, damnum domini futurum.* Ab utraque cauſa æſtus & frigoris immodici atque inſoliti fructuum vitia proficiſci, auctor Plinius *lib.* 17. *Hiſt. nat. c.* 24. & Prudentius *lib.* 2. *Adverſ. Symmachum verſ.* 972. & *ſeqq.* Uredinem autem idem Plinius *lib.* 18. *c.* 28. ait, frigore tantum conſtare, ſole innoxio. Poſtremus Ulpiani verſus eſt. *Sed* [&] *ſi ager terræ motu ita corruerit, ut nuſquam ſit, damno domini eſſe.* Et hanc ſubjicit cauſam, quæ eſt in anteceſſum a me adducta: *Oportere enim agrum præſtari conductori, ut frui poſſit.* Vult igitur Ulpianus, Servium ſequutus, qualemcumque caſum cui non potuit a colono reſiſti, locatori adferre damnum mercedis. Quid, ſi nihil acciderit extra conſuetudinem? jam contra putat, coloni damnum eſſe *d. l.* 15. §. 2. id eſt, non oportere ei mercedem remitti; & habet rationem: quia non eſt cœli aut aliud externum vitium, ſed coloni: ipſi, non locatori, imputandum. Huc ſpectat hoc Ulpiani *d. l.* 15. §. 2. *Si qua tamen vitia ex ipſa re oriantur, hæc damno coloni eſſe.* Et exemplum: *Veluti ſi vinum coacuerit.* aliud, *Si raucis aut herbis ſegetes corruptæ ſint.* Alciatus *lib.* 7. *Parerg. c.* 5. legit, *erucis*, eaſque dicit vermiculos, herbis, oleribus & arboribus noxios. Cujacius tamen retinet *raucas:* & explicat *vermiculos.* Porro adverſus hos & herbas malas ſua eſſe remedia docuit Plinius *lib.* 18. *Nat. hiſt. c.* 17. etiam Columella *lib.* 2. *De re ruſtica c.* 9. & ante utrumque Virgilius *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 150. & *ſeqq.* Erit igitur, auctore Ulpiano, coloni damnum, ſi nihil extra conſuetudinem acciderit. Utar & ſequente exemplo, quod eſt maxime proprium huic loco, ex *d. l.* 15. §. 5. Quidam de fructuum exiguitate queſtus eſt. dubitatum fuit, ſi petat remiſſionem mercedis, an habenda ejus ſit ratio. negat Ulpianus: & addit, ita Reſcripto Divi Antonini contineri. Quæſo, qua ratione? nullam dat Ulpianus. interim eſt optima; nam ſi parum creverit ex fundo; nec oſtenditur cauſa exiguitatis fructuum; credendum eſt, culpam eſſe coloni, agrum conductum non ita, uti debuit, exercentis. Itane? quo auctore, Columella, nec poſtules certiorem. is vero *lib.* 1. *De re ruſtica c.* XI. ſic ſcribit: *Ubi ſedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam (niſi cœli major vis aut prædonis inceſſit) detrimentum affert, eoque petere remiſſionem colonus non audet.*

Sed & tum, ubi a vi cœli, aut a bello, aliove caſu fortuito, cui reſiſti nequeat, detrimentum eſt, coloni eſſe, ſi modicum ſit, Ulpianus cenſet *d.* §. 2. id enim ſignificant hæc ejus verba: *Si exercitus præteriens per laſciviam aliquid abſtulit.* Contra, ſi labes facta ſit, *omnemque fructum tulerit*, (id eſt, abſtulerit: ut *ferre* pro auferre in *l.* 12. *l.* 27. *l.* 42. §. 1. *D. de uſufructu*) *damnum coloni non eſſe.* Gajus utrumque ſic exprimit *l.* 25. §. 6. *d. t.* *Vis major quam Græci Θεῦ βίαν, id eſt, vim divinam appellant, non debet conductori damnoſa eſſe, ſi plus, quam tolerabile eſt, læſi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æque animo ferre debet, cui immodicum lucrum non auferetur.* Accurſius *immodicum lucrum* interpretatur valde modicum. quod forte mireris: ſed

dedi conſimilia ejus locutionis exempla complura, ſupra ſub Titulo *Pro ſocio*. Sic in prædio ruſtico. idem in urbano Alfenus *l.* 27. *h. t.* Præter ſuperiores cauſas inhibendæ remiſſionis eſt & illa in *d. l.* 15. §. 4. *d. t.* ſi uno anno quis remiſſionem dederit ob ſterilitatem: deinde ubertas contigit ſequentibus annis. ait enim Ulpianus, nihil tum domino obeſſe remiſſionem: ſed integram penſionem etiam ejus anni quo remiſit, exigendam. Idemque tradit, etſi dominus in remiſſione ſit uſus verbo donationis: quaſi non ſit donatio, ſed tranſactio. item, ſi noviſſimus annus in quo ei remiſerit, ſterilis ſit, etſi ſuperiores uberes fuerunt, & ſcit locator, ait, eum non debere ad computationem vocari. Ne hoc quidem prætereundum credidit Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t.* Julianum dicere: ſi quis fundum locaverit, ut etiam ſi quid vi majore accidiſſet, hoc ei præſtaretur, pacto ſtandum eſſe. Imp. Alexander *l.* 8. *C. h. t.* ſuperiori caſui addit alium: pacto enim jungit morem regionis: modo recte legatur locus vitiatus: & ex Harmenopulo *lib.* 3. *tit.* 8. a Radulpho Fornerio *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* 5. ſic veriſſime reſtitutus: *Si tamen expreſſum non eſt in locatione, aut mos regionis poſtulabat: Et ſi qua. &c.*

Summa omnium eſt: ut locator, ſi per eum ſtet, quo minus conductori præſtet frui licere, culpæ nomine teneatur ad id quod ejus intereſt hoc eſſe præſtitum: ſed ſi aliqua vi externa cui reſiſtere non poſſit, prohibeatur, ne id poſſit præſtare; jam, quia nulla ejus culpa eſt, dumtaxat teneatur ad reſtitutionem mercedis, aut ejus exonerationem *d. l.* 15. §. 7. & 8. item *d. l.* 33. 34. & 35. *h. t.* De damno ſeminis videamus. Et Ulpianus *d.* §. 7. de eo ſic ſcribit: *Supra denique damnum ſeminis ad colonum pertinere declaratur.* Hotmanus *lib.* 4. *Obſerv. c.* 21. adjecta vocula, *non*, legit, *ad colonum non pertinere.* At Jacobus Gothofredus *lib. ſing. Animadverſ. c.* 13. rejecta illa emendatione, verba *d.* §. 7. ſic optime interpretatur: Ubicumque remiſſionis habetur ratio, conductor quidem conſequitur mercedis exonerationem pro rata: ſed non præterea damnum emergens aut lucrum ceſſans quo id quod ejus intereſt, cenſetur. quare damnum amiſſi ſeminis ad ipſum pertinet, ad locatorem non pertinet. idque jam ſupra eſt declaratum. ubi? in *d.* §. 2. *l.* 15. in *verſ. Sed & ſi labes.*

Altera cauſa actionis ex conducto eſt; ut conductori indemnis ſervetur conductio: damno ei in re conducta illato. fac: ut res exemplo illuſtretur: fundus locatus eſt. in eo pendent fructus. hos fur a fundo ſeparavit, & ſeparatos abſtulit. habet quidem colonus quia ejus intereſt, eos non fieri furtum fructuum, actionem furti pœnalem adverſus furem *l.* 26. §. 1. *D. de furt.* ſed non poteſt fructus a fure repetere: quia non eſt fructuum dominus, antequam eos perceperit. nec igitur habet aut vindicationem aut condictionem furtivam, quibus illam repetitionem fieri oportet: ſed utramque habet locator, ſi ſit dominus locati fundi. is vero poteſt eas ſine incommodo ſuo conductori cedere; ideoque cedere eas debet ex fide bona qua actionem ex conducto regi, ſupra dictum eſt. ac niſi cedat, poterit a conductore eo nomine conveniri *l.* 60. §. 5. *D. h. t.* quaſi cum effectu ei non præſtet frui licere. Idem vel ſimile eſt in fullone, re ei furto ſurrepta: quoniam cuſtodiam præſtare debet: nec tamen habet rei ſublatæ repetitionem: quia, ut dictum, rei vindicatio & condictio furtiva competit domino. convenit igitur bonæ fidei, ut dominus, poſtquam ei ſatisfactum eſt, fulloni teneatur actiones ſuas cedere *l.* 25. §. *ult. h. t.* quod ſine damno ſuo facere poteſt *d. l.* 60. §. 2.

At damnum conductori ſupervenit, etiam extra rem conductam, quamquam occaſione conductionis. id vero ſi veniat a cauſa propter quam non liceat ei re conducta frui: dubium non eſt, quin ei debeat a locatore præſtari: ne alioquin ei noceat culpa locatoris. Sit exemplum ex *l.* 19. §. 1. *h. t.* Titius Sempronio locavit dolia. hæc fuere figulini operis, ſæpe adeo magna, ut difficulter poſſent moveri, aliquando defoſſa. Igitur locata a Titio ſunt dolia. ea dolia erant vitioſa. ex his effluxit infuſum vinum. damnum factum. cujus periculo? locatoris, ſi ſcivit. imo & ſi ignarus locaverit. tenebitur autem ad id quod intereſt: nec excuſata erit ignorantia. Sic Ulpianus, atque ex ſententia Caſſii. idemque Sabinum reſpondiſſe, ex Minicio refert Pomponius *l.* 6. §. 4. *D. de act. empt.* Non ita eſt: ſi ſaltum paſcuum locaſti, in quo herba mala naſcebatur. nam hic, ſi pecora demortua ſunt, vel etiam deteriora facta, diſtinguit Ulpianus, utrum ſciens locaveris, an ignarus. priore enim caſu quod intereſt, inquit, præſtabitur; poſteriore penſionem non petes: & addit Ulpianus, ita Servio, Labeoni, Sabino placuiſſe. forte non ſine ratione: nam quod ad dolium attinet, id locator non locat, quale quale ſit: ſed tamquam dolium, id eſt, tamquam vas capax liquoris, ideoque integrum. quòd ſi vitioſum ſit: non præſtat effectum atque uſum dolii, quia non eſt capax liquoris: & ſi tale eſſe ſcivit locator, dolus eſt, ob quem recte tenetur ad id quod intereſt: ſin ignoravit, adhuc ejus culpa eſt, quod pro integro locavit dolium, quod non eſt integrum. igitur quod præ ſe tulit, id ut præſtet, bonæ fidei conſequens eſt *l.* 13. §. 8. *D. de act. empt.* Sic in dolio vitioſo. In ſaltu paſcuo aliud juris eſt: quia cum ſaltum locat dominus, non locat cum ſic, ut affirmet, carere mala herba. potuit quoque id ignorare bona fide: & ideo merito excuſata erit ejus ignorantia; ne, ſi demortua vel deteriora

teriora facta ſint pecora, ad id quod intereſt teneatur; tantumque penſionem non petat: quia etſi dolo & culpa vacat; tamen non eſt cauſa conductori, cur ſolvat penſionem; cum ei non licet frui.

Quod ſi quæ damna ex re locata quidem ſint, ſed conductorem frui non perinde impediant, hæc locatorem ea ignorantem adeo non onerant: ut ne mercedem quidem teneatur remittere; nedum præſtare id quod intereſt. Pone: (quod eſt thema *l.* 45. §. 1. *h. t*) hominem, id eſt, ſervum locavi tibi, ut habeas in taberna. is tibi fecit furtum. datum eſt tibi damnum: ſed (quod Paulus obſervat) eſt extra cauſam conductionis: cum qua nihil commune habet furti crimen: ſiquidem ſervo nihilominus frui potes. proinde ceſſat conducti actio: non ſolita dari, niſi ad ea quæ ad conductionem pertinent. Quid igitur eſt? ait Paulus, furti vitium in propriam cadere perſecutionem, & tantum in locatorem parere actionem noxalem, ſi factum ſit, eo inſciente.

Actio locati datur locatori adverſus conductorem: ut præſtet ea quæ eum præſtare oportet ex fide bona. Debet igitur, ut Juſtinianus ait §. 5. *Inſt. h. t.* conductor omnia facere ſecundum legem conductionis: & ſi in lege quid ſit prætermiſſum, id ex bono & æquo præſtare. Sed primum præſtabit ea de quibus conventum. nec dubium eſt; quin, ſi convenit, Ignem ne habeto, & habuit, teneatur, etiamſi fortuitus caſus admiſit incendium: quia non debuit ignem habere, ne innocentem quidem: prohibente lege conductionis. nam aliud eſt, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere: quamvis, ſi dictum ſit, ut innocentem ignem habeat, permittitur habere ignem; ſed innoxium. Hoc voluit Ulpianus *l.* 11. §. 1. *h. t.* *Si hoc in locatione convenit*, Ignem ne habeto, & *habuit: tenebitur, etiam ſi fortuitus caſus admiſit incendium. Aliud enim eſt, ignem innocentem habere. permittit euim habere, ſed innoxium ignem.* Sic extat Florentiæ, & apud Haloandrum. ſed deeſt aliquid pleno ſenſui, ita ope vulgatæ editionis Accurſii ſupplendum: *Aliud enim eſt, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere. permittit enim.* & reliqua. Superiori loco affinis eſt ſequens ex *l.* 9. § 3. *h. t.* *Si colonis prædiorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum ſit, ſi quidem fortuitus caſus incendii cauſam intulerit, non præſtavit periculum locator. ſi verò culpa locatoris quam præſtare neceſſè eſt, damnum fecerit, tenebitur.* Sic editur Florentiæ, nullo ſenſu. melius vulgata Accurſii editio: *non præſtabitur periculum locatori.* Non minus laborat ſequens verſus: *Si vero culpa locatoris, quam præſtare neceſſe eſt, damnum fecerit, tenebitur.* Scribe: *ſi vero culpa quam præſtare neceſſe eſt, damnum fecerit, tenebuntur.* Sic optime Antonius Faber, deleta voce, *locatoris.* non enim eſt Ulpiano quæſtio; an locator teneatur conductori; ſed an conductor locatori teneatur. Res clariſſima; nec interpretatione opus. Aliud exemplum, nec diſſimile ſuperioribus eſt in *l.* 11. §. *ult. h. t.* Verba ſunt. *Inter conductorem & locatorem convenerat*, ne in villa urbana fœnum componeretur: *compoſuit: deinde ſervus igne illato ſuccendit. ait Labeo, teneri conductorem ex locato: quia ipſe cauſam præbuit inferendo ignem contra conductionem.* Sic Haloander: Florentiæ extat, *igne illato ſe occidit.* Sed commodiſſima Haloandri lectio, *igne illato ſuccendit.* Quæ in hoc loco ſit urbana villa, intelligitur ex Columella *De re ruſtica lib.* 1. qui *cap.* VI. villam dividit in tres partes: urbanam, ruſticam, & fructuariam: ſingulaſque *d. c. & ſeq.* exponit. de ruſtica nil attinet hic dicere: ſed fructuariam dividit in *cellam oleariam, torculariam, cellam vinariam, defrutariam, fœnilia, paleariaque, & apothecas, & horrea.* de urbana ſic ſcribit: *Urbana rurſus in hyberna & æſtiva ſic digeratur, ut ſpectent hyemalis temporis cubicula brumalem orientem, cœnationes æquinoctialem occidentem. rurſus æſtiva cubicula ſpectent meridiem æquinoctialem, ſed cœnationes ejuſdem temporis proſpectent hybernum orientem, balnearia occidenti æſtivo advertantur, ut ſint poſt meridiem & uſque in veſperam illuſtria. ambulationes meridiano æquinoctiali ſubjecta ſint, ut & hyeme plurimum ſolis, & æſtate minimum recipiant.* Unde apparet, villam urbanam dici quæ vacat patrisfamilias habitationi, cæteroque ejus urbano uſui. Igitur, ut ad rem veniam, convenerat inter conductorem & locatorem, ne in villa urbana componeretur fœnum: villa fructuaria huic uſui inſerviente. conductor tamen in villa urbana fœnum compoſuit. deinde ſervus id ſuccendit illato igne. ait Labeo, ex locato teneri conductorem. qua ratione? quia ipſe cauſam præbuit inferendo fœnum contra conductionem: id eſt, contra legem conductionis. Subjicitur ex Hermogeniano *l.* 12. *Sed & ſi quilibet extraneus injecerit, damni habebitur ratio.* ſenſus: Habebitur damni ratio in judicio locati.

Sed apparet, legem contractus ſervari, bonæ fidei convenire: ac ſi fuerit quid in lege prætermiſſum; vel id ex bono & æquo præſtari oportere §. 5. *Inſt. h. t.* Ante omnia vero placet Gajo *l.* 25. §. 3. *h. t.* colonum curare, ut opera ruſtica ſuo quoquo tempore faciat. nimirum, ne intempeſtiva cultura deteriorem fundum faceret. Optime ſic Cato, *De re ruſtica*, *c.* 5. *Opera omnia mature conficias, face. nam res ruſtica ſic eſt, ſi unam rem ſero feceris, omnia opera ſero facies.* Breviter Cato: uberius Columella *lib.* XI. *De re ruſtica c.* 1. *ad fin.* ſed prolixior locus eſt, quam ut adſcribere debeam. Præterea vult Gajus *d.* §. 3. colonum villarum curam agere, ut eas incorruptas habeat. Inquilini ſimiliter officium eſt, in domo conducta verſari, ut oportet

portet bonum patremfamilias. Inſuper curare debet conductor, ut locatori ſolvat mercedes, ſeu penſiones. quod ſi fecit: bene eſt, nec invitus expelli poteſt intra tempora præfinita: niſi domum propriis uſibus neceſſariam eſſe dominus probaverit; aut corrigere eam maluerit; aut conductor male in ea verſatus ſit; aut ceſſaverit in ſolutione penſionum *l.* 3. *C. h. t.* intra biennium continuum: etſi convenerit, ne intra tempora locationis de fundo invitus repelleretur: nam veriſimile eſt, (quod Paulus reſpondit *l.* 54. §. 1. *h. t.*) ita conveniſſe de non expellendo colono intra tempora præfinita: ſi duo obſervavit. unum eſt; ſi ut oportet, coluerit: alterum, ſi penſionibus paruerit; id eſt, ſi penſiones ſolverit intra biennium: ſimili loquendi forma, qua dicitur, parere æri alieno *l.* 5. §. 9. *D. de reb. eor. qui ſub tut.* item parere ſorti & uſuris *l.* 8. *C. Quod cum eo.* & parere ſolutioni *l.* 8. *C. de reb. cred.* Sed quod dixi, oportere conductorem locatori mercedes ſeu penſiones ſolvere, adeo verum eſt; ut eum non levet, ſi deſeruerit habitationem, vel fundi culturam: quin poteſt eo caſu ſtatim conveniri *l.* 24. §. 2. *h. t.* & quidem ad ſolvendas totius temporis penſiones, quatenus locatori, quod ejus intereſt, indemnitas ſervetur; ſi præſertim ſine juſta ac probabili cauſa deſeruerit *l.* 55. §. 1. *d. t.* ſufficit enim locatori, præſtitiſſe frui licere: conductor autem ſibi imputet; ſi cum poſſet frui, non fuit fruitus. quod ſi habuit cauſam, cur timeret periculum, quamvis periculum vere non fuerit, non debet mercedem *l.* 27. §. 1. *d. t.*

Illud quale quod in *l.* 56. *h. t.* in hunc modum ſcribit Paulus: *Cum domini horreorum inſularumque, diu non apparentibus, nec ejus temporis penſiones exſolventibus conductoribus, aperire & ea quæ ibi ſunt deſcribere a publicis perſonis, quorum intereſt, audiendi ſunt. tempus autem in hujuſmodi re biennii debet obſervari.* Hæc Pauli verba, niſi emendatione aut intellectu adjuventur, Grammatice vix poſſunt conſtrui. non enim ſunt integra; ac ſi quid video, ante verbum, *aperire*, deſiderant hæc aut ſimilia, *petunt, ut ſibi liceat.* Verba præterea hæc, *quorum intereſt*, poſita ſuo loco non ſunt. jungenda fuere initialibus verbis hoc modo: *Cum domini horreorum inſularumque quorum intereſt.* Summam Græci, *Baſilic. lib.* 20. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 436. ſic transferunt Fabroto interprete: *Conductoribus per longum tempus non apparentibus, neque mercedem exſolventibus, licet ei quorum intereſt, aperire, & publicis perſonis præſentibus quæ ibi ſunt deſcribere.* Videtur mihi Paulus præterea indicaſſe, id dominis non licere privata facere auctoritate: ſed ut liceat, eos a Prætore petere oportere; & petentes audiendos eſſe. huc ducunt Pauli verba. Accedit: quod Modeſtinus *l.* 20. *D. de injuriis*, *Si*, inquit, *injuriæ faciendæ gratia Seja domum abſentis debitoris ſignaſſet ſine auctoritate ejus qui concedendi jus poteſtatemve habuit: injuriarum actionem intendi poſſe reſpondit.* atque effectus ejus rei eſt: ut ſignatis, ſive præcluſis, ſic invectis atque illatis, reale ſive expreſſum fiat pignus quod ante erat tacitum *l.* 9. *D. In quib. cauſ. pign. tacit.* id obſervat Cujacius *lib.* 17. *Obſerv. c.* 39. Ego præterea notabo: quod *diu* hic a Paulo exponitur per *biennium*: cujus etiam mentio in *l.* 54. §. 1. *D. h. t.* & in hoc Martialis *lib.* 12. *Epigr.* 32.

O Juliarum dedecus Calendarum,
Vidi, Vacerra, ſarcinas tuas, vidi:
Quas non retentas penſione pro bima
Portabat uxor rufa.

Poſtremo debet conductor rem conductam locatori finita locatione bona fide reſtituere; quia eam non accepit propriam; ſed fruendam ad tempus plerumque. quod ſi non reſtituat, aut reſtituat, ſed deteriorem; damnabitur ad æſtimationem, quanti in litem juratum fuerit *l.* 48. §. 1. *D. h. t.* ſi ejus dolus intervenerit: nam culpam non actor æſtimat jurejurando ex affectu: ſed Judex ex rei veritate: ut obtinui ſupra *ſub Tit. De in litem jurando.* Quid, ſi rem amiſerit ſine dolo & culpa? eum non teneri, Juſtinianus ſcribit §. *pen. Inſt. h. t.* cum a nullo caſus in judicio tam locati, quam conducti præſtetur *l.* 28. *C. d. t. l.* 23. *D. de reg. jur.* Venit igitur in hanc actionem dolus & culpa. Sed quæ? mihi placet, diſtinguere locationem uſus ſeu fructus rei a locatione facti, ſive operæ. priore caſu (de quo loquitur *l.* 5. §. 2. *D. Commodati*) tenetur conductor ſaltem de culpa lata & levi; nec eſt cauſa, cur etiam ad leviſſimam adſtringatur: cum præſertim locatio & conductio ſpectat ad utriuſque contrahentis utilitatem: quo in caſu culpam levem ſufficere, Ulpianus ait *d. l.* 5. §. 2. Non minus evidens hoc eſt ex *l.* 3. §. 1. *D. Nautæ caupon. ſtabul.* ubi idem Ulpianus locati actionem comparans cum actione depoſiti & actione in factum de receptis, ejus actionis neceſſitatem hoc commendat nomine: quod in locato conducto culpa, in depoſito dolus dumtaxat præſtatur; Edicto vero de recepto qui recepit omnimodo tenetur, etiam de culpa leviſſima, tantumque a damno fatali liber eſt. Tenetur igitur conductor uſus rei tantum de levi culpa. A conductore facti ſive operæ præterea præſtatur leviſſima culpa: quia is videtur ea conductione profiteri peritiam diligentiamque artificis, id eſt, non communem ac vulgarem, ſed operi ſuſcepto aptam & convenientem. eam ſi non præſtet, quaſi ex tacita promiſſione merito poteſt eo nomine conveniri. Optime Cicero *lib.* 1. *De oratore c.* 58. *Aliud eſt, eſſe artificem cujuſdam generis atque artis, aliud in communi vita, & vulgari hominum conſuetudine nec hebetem, nec rudem.* Jam in propoſito eſt apud Ulpianum *l.* 9. §. 5. *h. t.* *Celſus etiam imperitiam cul-*

pæ

pæ annumerandam lib. 8. *Digeſtorum ſcripſit.* Quando? *Si quis vitulos paſcendos, vel ſarciendum quid, poliendumve conduxit.* ait enim, *Culpam eum præſtare debere, & quod imperitia peccavit, culpam eſſe.* Qua ratione? *Quippe, ut artifex, inquit, conduxit.* Debet igitur conductor operis diligentiam non communem: ſed artificis; id eſt, ſummam. Eodem redit hoc ejuſdem Ulpiani *l.* 13. §. 5. *d. t. Si gemma includenda aut inſculpenda data ſit, eaque fracta ſit, ſi quidem vitio materiæ factum ſit, non erit ex locato actio: ſi imperitia facientis, erit.* Similis caſus eſt in *l.* 25. §. 7. Aliquis columnam tranſportandam conduxit: ait Gajus, ſi ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta ſit, eum ita id periculum præſtare, ſi quæ ipſius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit. culpam autem abeſſe, ſi omnia ſunt facta quæ diligentiſſimus quiſque obſervaturus eſſet. Addit Gajus: idem ſcilicet intelligemus, & ſi dolia (hæc figulini operis fuiſſe, & ſæpe maxima, ſupra tradidi, ideoque videntur non ſine periculo tranſportari potuiſſe) vel tignum (Hotmanus *lib.* 4. *Obſerv. c.* 22. legit *ſignum*, id eſt, ſtatuam, & vere & ingenioſe) tranſportandum aliquis conduxerit. Rurſus addit Gajus: idemque etiam ad cæteras res transferri poteſt. Sed apparet, veram eſſe quam feci diſtinctionem inter conductionem rerum & operarum. Nec turbat §. *pen. Inſt. h. t.* ubi *ab eo qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promiſit, cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet:* & additur: *quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.* Sed jam ſæpius obſervatum eſt, gradus mutari a Veteribus, poſito ſuperlativo pro poſitivo, quemadmodum & poſitivus ponitur pro ſuperlativo: itaque hic diligentiſſimum ſumi pro diligente: ſicut in §. *ult. Inſt. de teſtam. ordin.* teſtamentum nuncupativum dicitur perfectiſſimum pro perfecto.

Hactenus oſtendi, conductorem locatori teneri ad reſtitutionem rei conductæ. adhuc reſtat, an etiam debeat ei reſtituere id quod rei conductæ nomine actione furti ſit adeptus? Gajus negat *l.* 6. *h. t.* nec ſine cauſa. ſic puto: nam furtum tam uſus fit, quam rei. uſus autem adeo eſt conductoris: ut non timeat Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 5. ſcribere. *Conduxi domum a te. in hac aliquid tuum, aliquid meum. res tua eſt: uſus rei tuæ meus eſt. itaque nec fructus tanges, quamvis tua in poſſeſſione naſcantur: & ſi annona carior fuerit, aut fames,* Heu fruſtra magnum alterius ſpectabis acervum, *in tuo natum, in tuo poſitum, in horrea iturum tua. Nec conductum meum, quamquam ſis dominus, intrabis; nec ſervum tuum, mercenarium meum abduces: & abs te rhedam ſi conduxero, beneficium accipies, ſi tibi in vehiculo tuo ſedere permiſero.* Quid igitur eſt? quod conductor ex cauſa uſus ſibi interverſi, actione furti adquiſivit; id, ut Gajus ait, non cogitur locatori reſtituere: quia ſibi accepit occaſione quidem rei conductæ, ſed tamen propter interceptum uſum qui ejus eſt. Aliter atque in creditore in *l.* 22. *D. de pigner. act.* quia ejus quidem eſt poſſeſſio, ſed uſus ejus non eſt *l.* 54. *D. de furtis.*

Expoſita emptione venditione, item locatione conductione, adhuc pauca dicenda ſunt de emphyteuſi: quæ ex Conſtitutione Zenonis ab utraque diſtinguitur: olim aliis videbatur ad emptionem venditionem, aliis ad locationem conductionem accedere.

Dicitur autem emphyteuſis ab ἐμφυτεύω, id eſt, implanto, inſero; eo quod Veteres ſolent agros ſteriles & infœcundos aliis colendos, plantandos, ſerendos, dare eorum arbitrio, aliquando ad tempus, aliquando in perpetuum: ea lege, ut domino quotannis quamdam ſolverent penſionem, ſive vectigal: (unde ager vectigalis, id eſt, emphyteuticarius, in Rubrica, *Si ager vectigalis*) & quamdiu vectigal ſolveretur, tamdiu neque ipſis qui conduxerint, neque his qui in locum ipſorum ſucceſſerint, auferri eos liceret *l.* 1. *D. Si ager vectigalis.* Dabantur tales agri ſic in perpetuum fruendi a civitatibus: nec minus a privatis. Illi porro qui eos conduxerant a municipibus verbi gratia, quamvis non efficerentur domini, id eſt, proprie domini, accipiebant tamen jus in re dominio proximum, ex eoque utilem in rem actionem adverſus quemvis poſſeſſorem, & adverſus ipſos municipes: modo ſi vectigal ſolverent. Idemque erat; ſi ad tempus haberent conductum, nec tempus conductionis eſſet finitum *l.* 1. 2. *&* 3. *D. d. t.* Similiter erat illis alienatio non quidem ipſius agri vectigalis, nam is domini erat, ſed juris emphyteuticarii, id vendendo, pignerando, legando *l.* 16. §. *ult. D. de pign. act. l.* 31. *D. de pignorib. l.* 71. §. *pen. & ult. D. de legat. lib.* 1. Maxime hæc, ut dixi, obtinebant, quamdiu vectigal domino perſolvebatur: nam, ſi in mora eſſet emphyteuta per ſpatium temporis conventione definiti; domino jus erat eum ſecundum legem, ſive pactionem, expellendi: non privata auctoritate, ſed per Judicem inſtituta rei vindicatione *d. l.* 31.

Nihil omiſi, quantum ſcio, ex emphyteuticario jure quod ei dederit ejus origo, profecta a prædiis ruſticis, & quidem ſterilibus ac deſertis. Sed Veteribus placuit, id jus porrigere ad fœcunda & culta prædia: amplius, ad urbana quoque: ut ſolent jura paulatim increſcere, invitante utilitate. ea certe ratione Ulpianus *l.* 15. §. 26. *D. de damn. infect.* meminit ædium vectigalium. Cæterum cum eſſet hic quem dixi, ſtatus emphyteuſeos, aliqua fuit Veteribus cauſa dubitandi de nomine & forma hujus contractus: aliis eam ad emptionem venditionem, aliis magis ad locationem conductionem, trahentibus:

& erat ſua cuique ratio: eo quod hinc inde aliquid emphyteuſis mutuaretur. Donec Imp. Zeno in *l.* 1. *C. de jur. emphyteutic.* cujus ſummam in §. 3. *Inſt. h. t.* poſuit Juſtinianus, emphyteuſeos propriam ſtatuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem (alienationem dixit Zeno) inclinantem; ſed ſuis pactionibus fulciendam: ac ſi aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac ſi natura talis eſſet contractus. ſin autem nihil de periculo fuerit pactum: tunc, ſi quidem totius rei interitus acceſſerit, periculum domini eſſe: ſicut (quod addit Zeno) ejus fuiſſet, etſi talis contractus nullus intervenisset: ſin particularis; ad emphyteuticarium hujuſmodi damnum venire: forte quod is, ut non ſit verus dominus, quaſi dominus habetur. Quidquid eſt: debetur hoc juri novo ex Conſtitutione Zenonis: nam ante in vectigali fundo idem fuit quod in locato: monſtrante *l.* 15. §. 4. *junct. l.* 25. §. 6. *D. h. t.* Ne in *d. l.* 1. quid incertum relinquam; lubet, adhuc inquirere; an, ut valeat contractus emphyteuticus, in eo ſcriptura deſideretur. Huic liti cauſam præbuere ſequentia legis verba, pactionibus, *ſcriptura interveniente habitis.* ac vix poteſt negari, quod duo ablativi abſoluti videntur hic, ut alias in §. *ult. Inſt. de nuptiis*, & *in Rubrica D. Soluto matrimonio*, facere conditionem; eaque ſcripturæ neceſſitatem inducere. Magis tamen puto, ea verba non obſtare, quo minus emphyteuſis etiam ſine ſcriptura contrahatur. primum, quia hic contractus procul dubio eſt bonæ fidei: in quo ut refert Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 14. ſcripturæ ſolemnitas nuſquam eſt recepta. accedit quod in *l.* 3. *C. de jur. emphyteutic.* nihil nocet amiſſio inſtrumenti emphyteutici: igitur nec nocebit ejus amiſſio: eo minus, quia ibi, ſi amiſſum dicatur, non opus eſt, amiſſionem probari; ſed ſufficit, probari conſenſum de contracta emphyteuſi. Poſtremo poſita in §. 3. *Inſt. h. t.* eſt ſumma *d. l.* 1. ſed nulla ibi ſcripturæ mentio: certo, ut opinor, indicio, emphyteuſin conſenſu vel ſine ſcriptura perfici. Nil contra faciunt duo ablativi abſoluti, ex adverſo adducti ex *d. l.* 1. quia non ſemper faciunt conditionem; ſed aliquando tantum factum deſignant: ut in *l.* 24. *D. de teſtam. milit.* & *l.* 2. §. 16. *D. de orig. jur.*

Expoſitioni *d. l.* 1. quæ eſt Zenonis, ſubjicienda eſt *l.* 2. quæ eſt Juſtiniani. nam & is aliquid informavit ex jure vetere. primum juſſit, ſi nihil ſit ſpecialiter pactum: (nam alioquin id quod placuit, obſervari non vetat) tum, ſi emphyteuta domino per totum triennium, neque pecunias, id eſt, penſionem, vectigal, canonemve, neque apochas ſolutorum tributorum, reddiderit; domino licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere: ita ut emphyteutæ non ſit jus, aliquid contra petere nomine meliorationum, vel eorum quæ ἐμπονήματα dicuntur, vel promiſſæ pœnæ. Inſuper vult Imperator, emphyteutam non juvare; quod a domino ante non fuerit inquietatus, ſive interpellatus: & præfatur, quod in hac ſpecie ex definitione generalis legis (quæ eſt *l.* 12. *C. de contrah. ſtipul.*) dies interpellat pro homine. Poſtrema Juſtiniani providentia eſt; ne domini hoc jure abutantur, recuſantes accipere ſolutionem, quæ ipſis intra triennium offeratur: emphyteutæ concedere licentiam, atteſtatione præmiſſa, ei pecunias offerre, hiſque deinde obſignatis & depoſitis ſecundum legem, periculum dejectionis minime timere. Sic in fundo profano ſeu ſeculari. At eccleſiaſticum in emphyteuſin acceptum ſi quis deteriorem fecerit, aut ex eo emphyteuticum canonem per biennium non ſolverit: poterit ſimiliter repelli: nec minus tenebitur ſolvere totius temporis penſionem, & id in quo rem læſit, reſarcire: non repetiturus, ſi quid nomine meliorationis impendit *Authentic. Qui rem hujuſmodi C. de Sacroſanct. eccleſ.*

Nunc tranſeo ad *l.* 3. *C. de jur. emphyteutic.* Quid in ea Juſtinianus? ait, dubitatum fuiſſe, utrum emphyteuta ſuas meliorationes poſſit ſine domini voluntate alienare; an debeat ejus conſenſum exſpectare? primum ſancit, ſi quidem emphyteuticum inſtrumentum aliquas ſuper hoc habeat pactiones, eas ſervari. Deinde, ſi tales nullæ ſint; non vult, emphyteutæ licere eas ſine domini conſenſu vendere. contra vult, eum has domino offerre eo pretio quod ab alio offertur: dominum vero, ſe deinde declarare intra ſpatium duorum menſium. quod niſi fecerit dominus: dat Imperator emphyteutæ licentiam, ſuas meliorationes vendere, ubi voluerit, & ſine conſenſu domini, his tamen quæ in emphyteuticariis contractibus non ſolent vetari, ad hujuſmodi venire emptionem. Præterea jubet, dominum intra duos menſes ſuſcipere emptorem, ſeu novum emphyteutam: nec plus pro eo exigere, quam quinquageſimam partem veri pretii, aut æſtimationis: quam barbaro vocabulo vulgo laudemium appellant. Quod ſi hæc ita ſint obſervata; vult Imperator, ratam eſſe venditionem: ſin aliter; emphyteutam cadere jure emphyteutico.

Hæc fere ſumma Conſtitutionis. at nec ipſa ſine ambiguitate. ſolet enim quæri: utrum tantum de venditione ſit accipienda; an etiam de aliis alienationum ſpeciebus. dubitatio vertitur propter initialia verba: *utrum emphyteuta debeat ſuas meliorationes alienare, vel jus emphyteuticum in alium transferre.* Sed mihi videtur *alienationis* verbum, etſi alias ſit generale, hic ſpecialiter accipi pro *vendere:* ut fit in *l.* 1. *C. junct.* §. 3. *Inſt. h. t.* id eo magis: quia deinde in *d. l.* 3. aliquoties venditio dicitur quæ ante vocata fuit alienatio. Præterea eſt ratio, cur Imperator in venditione velit, dominum præferri emptori ex-

extraneo: quia ager vectigalis ſeu emphyteuticarius proprius eſt domini: nec fuerit iniquum, ſi emphyteuta a domino poſſit idem accipere pretium quod ab extraneo ei offertur, dominum extraneo præferri: cum hoc unum venditione agat emphyteuta, ut pro emphyteuſi accipiat pretium: nec intereſt, a quo habeat, modo idem habeat. Sed hæc ratio neque in permutatione occurrit, neque in dote, neque in donatione. ceſſat igitur in his hujus Conſtitutionis diſpoſitio.

TITULUS III.

De æſtimatoria.

Titulus hic ſupplendus ex *l.* 1. *h. t.* hoc modo, *De æſtimatoria actione.* eaque ibidem etiam actio de æſtimato dicitur. hanc autem fuiſſe dubitationis tollendæ gratia propoſitam, Ulpianus ait. nempe, nolebant Veteres, unumquemque agere ſic, ut ipſe vellet, ſed ex præſcripto Legum; eumque in finem concipiebant certas ac ſolemnes unicuique negotio formulas: quas niſi obſervaſſet actor, cauſa cadebat & litem amittebat. Hujus periculi metus, ſicut alibi ſæpe, ita in propoſito ſcrupuloſos faciebat homines; ne aliter agerent, quam eos ex legibus aut moribus agere oporteret. fuit enim, cum res æſtimata vendenda datur, dubitatum; utrum ex vendito eſſet actio, propter æſtimationem; an ex locato, quaſi rem vendendam locaſſe videar; an ex conducto, quaſi operas conduxiſſem; an mandati? In ea difficultate melius viſum eſſe, Ulpianus ait, hanc actionem, id eſt, æſtimatoriam proponi. & deinde ſic pergit: Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen, aliquam actionem dari, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem. eſt enim negotium civile geſtum & quidem bona fide. quare omnia & hic locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis diximus *l.* 1. *h. t.* §. 28. *Inſt. de act.* Addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 1. quod æſtimatio periculum facit ejus qui ſuſcepit. Aut igitur ipſam rem debet incorruptam reddere, aut æſtimationem de qua convenit. Paulus vero *l.* 2. ſubjicit: quod hæc actio utilis eſt, & ſi merces intervenit.

TITULUS IV.

De rerum permutatione.

Poſt contractus nominatos videamus innominatos. hi in *l.* 5. *tit. ſequente* ſunt quatuor: do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio, ut facias. primum Rubrica vocat rerum permutationem. olim, cum nondum eſſet nummus, eo nomine etiam emptio venditio continebatur. poſtea invento nummo, diſtinctus eſt uterque contractus. alter vetus retinuit nomen permutationis, alter emptio venditio dici cœpit. hoc ſupra oſtenſum ſub Titulo, *De contrahenda emptione* ex *l.* 1. & huic jungenda hic *l.* 1. *h. t.* cum utraque ſit Pauli; atque ex eodem lib. 32. Ad Edictum. In poſteriore is Juriſconſultus duas obſervat differentias utriuſque contractus. priorem in *l.* 1. *pr.* & §. 1. alteram in §. 2. 3. & 4. omnium ſenſum egregie explicat V. Cl. Jacobus Cujacius *lib.* 23. *Obſerv. c.* 28. nec tamen ſuadeam, omitti a me ſcripta ad *l. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſequut.* ſupra ſub eo Titulo.

TITULUS V.

De præſcriptis verbis, & in factum actione.

Injecta modo mentio contractuum innominatorum non eſt paſſa, hic præteriri actionem præſcriptis verbis, & in factum, pro his adſtringendis in Fori diſputatione ab initio a Prudentibus inventam. ejus tamen uſum, cauſam & rationem jam non tradam: quia hanc curam antehac feci meam *lib. ſing. Ad Edict. de pact. & tranſact. c.* 9. ibi vide, ſi lubet: ſimul explicitos locos difficillimos in *l.* 5. §. 1. 2. & 3. item *l.* 15. *h. t.*

Accepit igitur Actio præſcriptis verbis initio cauſam atque originem a contractibus innominatis in quibus jure civili non erat prodita actio certa & nominata: cum eſſet juſtum, aliquam recipi. ſed, ut fit, poſtea latius porrecta eſt ejus utilitas: prorſus, ut ſive nulla, ſive aliqua eſſet actio, ſed de ea dubitaretur, ejus incerti evitandi gratia, tutius ageretur præſcriptis verbis, ſive in factum actione *l.* 1. 2. 3. 4. *h. t.* exemplum in *l.* 1. §. 1. & 2. aliud in *l.* 1. *D. de æſtimatoria:* item aliud in *l.* 12. *D. h. t.* ad quam adde ſis a me ſcripta, *d. lib. ſing. c.* 11.

DIGE-

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De pignoribus & hypothecis: & qualiter ea contrahantur:
& ſequentes deinceps Tituli omnes.

IMPERATOR, Juſtinianus hoc libro mutavit ordinem Edicti perpetui: formula hypothecaria ex ultima ejus parte in qua erat, hunc in locum tranſlata. mutationis cauſa erat duplex: una, ne a Titulo De pigneratitia actione quam viſa eſt æmulari, longius divagaretur. altera erat, quod pignora & hypothecæ quodammodo ſunt pro miniſtris venditionum, cæterorumque contractuum de quibus egimus, eiſque vel ideo non male ſubjicerentur. Utramque rationem, ne quæſtioni eſſet, ipſe refert Imperator in *l. omnem* §. 4. *De conceptione Digeſtorum*. Utinam Edicti quoque formam alicubi ſubminiſtraſſet! ſed hanc neglexit. licebit igitur mihi, ex reliquiis quas inveni in Pandectis & Codice, ejus duo capita conficere: prius hoc modo: *Quæ in fundum conductum a colono illata, inducta, invecta, locator conventione ejus cujus in bonis ſint, pro mercede ſibi obligata eſſe dicet, de his illi, niſi arbitrio Judicis reſtituantur, adverſus eum qui poſſidebit, quanti res erit, judicium dabo.* Alterum ſic confingo: *Quod quis ſibi pro pecunia debita pignori hypothecæve obligatum eſſe dicet, quod de eo convenit cum eo cujus in bonis erat, niſi arbitrio Judicis ei reſtituatur, adverſus eum qui eam poſſidebit, quanti ea res erit, judicium dabo. Si ſoluta erit pecunia, aut pro ea ſatisfactum, perve creditorem ſtetit, quo minus id fieret, judicium non dabo.* Hoc Edictum fuit perquam neceſſarium: ſiquidem ex hypotheca nudo pacto facta nulla erat jure civili actio. pignore autem tradito jure gentium ſimpliciter, quemadmodum non erat fiducia jure civili, ut indicavi *lib.* XIII *ſub. tit. De pigneratitia actione*, ita nec erat in rem actio qua creditor amiſſa poſſeſſione adverſus poſſeſſorem experiretur: eo quod non poterat rem ſuam dicere, quamvis pignori traditam. multo minus poterat id dicere, pignore nuda conventione obligato. Igitur ut ei dominium, ex eoque in rem actio competeret adverſus poſſeſſorem; neceſſe erat, (quod ex Iſidoro *lib.* 5. *Origin. c.* 25. intelligitur) ei dominium apud Prætorem in jure cedi; vel ex jure Quiritium mancipari contracta fiducia: hoc eſt, ea lege, ut ei ſoluto debito, vel pro eo ſatisfacto, remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuſcumque rebus immobilibus, mobilibus, magni aut parvi momenti, in Urbe, ruri, in Italia, in Provinciis, omnes adhibere ſolemnitates quas in mancipatione, aut ceſſione in jure intervenire oportebat. mitto verba, ipſa ſolemnia, & taotum inter præſeotes pronunciari ſolita. præterea non erat ſemper, nec ubique, copia quinque teſtium, civium Romanorum puberum, præter libripendem, ut mancipatio; aut Prætoris, Præſidiſve, ut in jure ceſſio fieret. adde, quod mancipatio dumtaxat in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinoſque colonarios, & Latinos Junianos obtineret: non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos; niſi ſi quibus commercium datum eſſet, auctore in Fragmentis Ulpiano *tit.* 19. Igitur in re difficili & moleſta utiliſſime intervenit Prætor: Edicto pollicitus, ſervare hypothecas nuda conventione conſtitutas, primum in invectis, inductis, illatis in prædium ruſticum: deinde in rebus omnibus §. 7. *Inſt. de actionib. l.* 17. §. 2. *D. de pact. l.* 4. *D. h. t.* modo eſſent obligatæ conventione ejus cujus in bonis eſſent. nam hoc intelligitur ex *l.* 6. *C. Si aliena res pignori.* Iode ſicut fiducia contracta vel ceſſione in jure, vel mancipatione facta, poterat creditor pignus quaſi dominus jure civili vindicare a quocumque poſſeſſore: ita ſi res eſſet nudo pacto obligata, non accipiebat quidem creditor dominium jure civili: ſed auctoritate Edicti jus in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* atque eo facultatem rem ſibi obligatam actione Serviana vel quaſi Serviana a quocumque poſſeſſore repetendi, quamdiu ſolutum non eſſet debitum, aut pro eo non eſſet ſatisfactum, perve creditorem non ſtetiſſet, quo minus id fieret. nam vel hoc fuiſſe Edicto comprehenſum, claret ex *l.* 19. *C. de uſuris.* Habes Edicti cauſam, atque originem: ex parte etiam probationem formæ, qua tandem (ut in *l.* 14. §. 1. *D. de pecun. conſtit.* ait Ulpianus) pignorum utilitas irrepſerit. reliqua dabit interpretatio, ſuam ab his lucem acceptura multis in locis.

Initio ait Prætor: *Quod quis ſibi pro pecunia debita pignori hypothecæve obligatum eſſe dicet.* Gajus *l.* 238. §. 2. *D. de verb. ſignif.* pignus,

nus, inquit, a pugno appellatum: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur. addit, inde etiam videri poſſe, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis conſtitui. Inventa tamen etiam rei immobilis ſuo modo traditione, non minus in ea pignoris appellatio invaluit §. 7. *Inſt. de act.* Hypotheca Græcæ originis eſt, dicta quaſi ſuppoſita: re nudo pacto obligata vel ſine traditione. obſervatum hoc auctore Ulpiano *l.* 9. §. 2. *D. de pignerat. act.* ſupra in actione pigneratitia. quantum vero ad actionem hypothecariam qua de hic agitur: inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre, Marcianus animadvertit *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* nam huc reſpicere, indicio eſt Inſcriptio, Marciani *lib. ſing. Ad formulam hypothecariam* præferens. Juſtinianus *d.* §. 7. *Inſt. de action.* ſic clare, & optima ratione quam ſupra dedi ſub *Tit. De pignerat. act.*

Igitur pignus ſive hypotheca (propius enim conſideranda hæc ſunt) eſt res pro debito obligata. id vero ut ſit, Prætor deſiderat, debitam eſſe pecuniam, & pro illa aliquid eſſe obligatum. primum vult, debitum eſſe: & recte: nam cum in majorem ſecuritatem accipiatur pignus: apparet, pignoris obligationem eſſe acceſſionem principalis obligationis: ideoque illam ſine hac eſſe non poſſe. ſane quid opus, quæri ſecuritatem, ubi deficit id cujus ſecuritati ſtudeatur? res loquitur: ac clare Severus & Antoninus *l.* 1. *C. de non numerat. pecun.* verbis ſequentibus: *Si pecuniam tibi non eſſe numeratam, atque ideo fruſtra cautionem emiſſam adſeris, & pignus datum* (id eſt, traditum) *probaturus es; in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris, nec numeratæ pecuniæ, non aliter tenebit, quam ſi de fide debiti conſtiterit. Eademque ratione veritas ſervetur, ſi te poſſidente pignus, adverſarius agere cœperit.* Sic illi: etiam Scævola *l.* 31. *D. h. t.* nam quæſito, an pignori recte datus ſit fundus vectigalis: Si, inquit pecunia interceſſit, pignus eſt. ſignificat autem, ſi pecunia data eſt mutua, ſive ſi eſt principale debitum, pignus eſſe. Ab eadem cauſa ait Tryphoninus in *l.* 33. *D. h. t.* ſi pignus dedi Titio ſtipulationi tantum ſolutionis gratia adjecto, poſſe me a Titio, quia ei nihil debetur, & pignus ſine principali debito non valet, id repetere, etſi non facta ſolutione. Atqui poſſum ei ſolvere; & ſolutum non poſſum repetere. Sed non idcirco hoc ſit; quod ſolutum eſt ipſi debitum; ſed quod ſtipulatoris debitum ei eſt ſolutum ſecundum Legem ſtipulationis.

Igitur, ut valeat pignus, poſtulat Prætor, debito accedere. Quali? nihil refert Prætoris: non enim diſtinguit, utrum ſit ex contractu, an ex maleficio, & utroque vero vel quaſi. non magis refert ejus, utrum ſit civile & naturale ſimul, an naturale tantum *l.* 5. *D. h. t.* nam vel hoc eſt debitum, quamquam ab invito non poteſt exigi: eſt enim ſatis, ſolutum non poſſe repeti, ut ſecuritatem accipiat. quod ſi tantum ſit jure civili debitum, in eo aliud jus eſt: quia ut pariat actionem jure ſubtili, tamen objecta ei exceptione, eſt perinde, ac ſi non eſſet debitum *l.* 3. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* quare & ſolutum repeti poteſt: nec eſt cauſa pignoris, ubi non eſt cauſa ſecuritatis. Poſtremo non refert; utrum debitum ſit purum, an in diem, vel ſub conditione. nam in puro dies ſtatim ceſſit & venit. ubi in diem debetur, etſi non venit dies, tamen ceſſit. quod ſi ſub conditione ſit debitum, dubitari poteſt, quia dies ante, quam exiſtit conditio, non modo non venit, ſed nec ceſſit. interim tamen eſt ſpes debitum iri *l.* 213. *D. de verb. ſign.* fuerit igitur rationis, vel hic pignus accipi in ſecuritatem ſpei: etſi non alias teneat pignus, quam exiſtente conditione: quia tum demum eſt debitum *l.* 5. *D. h. t.*

Non eſt Prætori ſatis, debitam eſſe pecuniam: præterea vult, aliquid pro ea eſſe obligatum. & hoc recte: nam ſi debetur quidem aliquid, ſed nihil pro debito ſit obligatum: ipſe debitor perſonali actione tenetur ex mutuo, aut ex ſtipulatu, verbi gratia: ſed ejus bona ſunt a pignore libera. id naturali ratione intelligitur: ſed quid vetat, idem firmari auctoritate *l.* 17. *C. h. t.* In qua proponitur quædam Pontia fratri mutuam dediſſe pecuniam. frater dicitur ex ea emiſſe prædium. fratre deinde ceſſante in reſtitutione pecuniæ creditæ, rogat Pontia Imperatores per libellum; an ei integrum ſit, jure pignoris perſequi prædium, a fatre ex pecunia a ſe credita comparatum. quid Imperatores? ſic reſcribunt: *Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium; tamen niſi ſpecialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in cauſam pignoris non deduxit. ſane perſonali actione debitum apud Præſidem petere non prohiberis.* Igitur ut pignus ſit, non modo debitum eſſe oportet; ſed præterea debet res creditori pro debito obligata eſſe. Quo modo? ait Prætor: *Quod de eo convenit cum eo cujus in bonis res erat.* Vult igitur Prætor, ut res pignori ſit, de eo conventum eſſe: nec plus deſiderat. Adeo dat utilitati expediendarum rerum; ne opus ſit vetere & moleſto circuitu ceſſionis in jure apud Prætorem, vel mancipationis adhibitis quinque teſtibus civibus Romanis puberibus, præter libripendem, & verborum ſolemnitatem, item præſentiam perſonarum contrahentium, plane ſupervacuam: de quibus ſupra monui. Contra ſufficit Prætori, pignus ſive hypothecam conſtitui nudo pacto, ſive nuda conventione qualicumque. Hac ratione Gajus *l.* 4. *D. h. t.* *Contrahitur*, inquit, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciſcatur, ut res ejus prop-*

ter aliquam obligationem ſint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet quibus ſit verbis: ſicuti eſt & in his obligationibus quæ conſenſu contrahuntur. Nec minus vero addit: *Et ideo & ſine ſcriptura, ſi convenit, ut hypothecæ ſit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Qua ratione? ſic ait: *Fiunt enim de his ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit: & ſine his autem valet quod actum eſt, ſi habeat probationem: ſicut & nuptiæ ſunt, licet teſtationes in ſcriptis habitæ non ſunt.* Similiter cum inter abſentes, æque conveniri poſſit, atque inter præſentes, Modeſtinus (lib. 3. Regularum, unde eſt *l. 23. D. h. t.*) non abs re, *Pignoris*, inquit, *obligatio etiam inter abſentes recte ex* contractu *obligatur.* Sic eſt in omnibus editionibus, etiam Florentiæ, *ex contractu.* Male. res poſtulat, *ex conventione.* illud vero, *ex contractu*, mihi videtur eſſe vitium incogitantiæ ipſius Modeſtini. & hujuſmodi vitia olim complura obſervavi *lib. 1. Probabil. c. 9.* quibus hoc nunc addo. Conſtituitur igitur hypotheca manifeſta conventione. An & tacita? quid ni? quippe cum conſenſus non minus ex rebus & factis, atque ex verbis, aut nuncio, aut epiſtola intelligitur. Ne res ſine exemplo ſit, apponam pulchrum ex *l. 5. §. 2. D. In quibus cauſ. pign. tacit.* Titius rem alienam obligavit pignori. tale pignus non valet vi hujus Edicti. deinde dominus ejus rei pro Titio fidejubet: putat Marcianus, ex hac fidejuſſione firmatum intelligi pignus, quod ante erat invalidum. Atqui pignus demum naſcitur ex conventione: quæ in propoſito nulla liquet. non nego: nam rei dominus fidejubendo quidem egit de obliganda perſona ſua; ſed de obliganda re ſua nihil egit. ita ſi intra verba ſubſiſtamus. ſed Marcianus magis ad rem, quam ad verba attendens, opinatur dominum hoc ipſo quod fidejubet, quodammodo mandare, rem ſuam eſſe obligatam: puto, quod plus volens, non videtur nolle, quod eſt minus. plus eſt, perſonam ſuam; minus eſt, rem ſuam obligare. Dominus igitur rei a Titio nullo jure obligatæ, eo ipſo quod perſonam ſuam fidejubendo obligat, etiam in rei ſuæ pignus tacite conſenſiſſe intelligitur. Quamquam non ita eſt: ſi poſtea, quam fidejuſſit, ejus res a Titio pignori obligata ſit: nullo deinde domini conſenſu ex novo facto ſubſecuto.

Conſtituitur igitur ex Edicto pignus qualicumque nuda conventione. Utrum in re una, an in pluribus? nec hic diſtinguit Prætor: & eſt rationis, tam de omnibus, quam de una, pro contrahentium utilitate conveniri. proinde ſit duplex pignus: unum ſpeciale, alterum generale. illud, cum de una re, ſive una ſpecie, obliganda convenitur: hoc, cum de omnibus, ſive univerſis. utriuſque mentio in *l. 2. C. l. 1. & l. 15. §. 1. D. h. t.* primum eſt, ubi de re una & certa, ut pignori ſit, convenit: tum vero illa tantum de qua nominatim convenit, pignori erit. eſtque adeo conſiderandum, non modo an res, ſed etiam quæ res ſit, de qua conventum eſt. fac; (quod eſt exemplum *l. 26. §. 2. h. t.*) Lucius Titius prædia & mancipia quæ in prædiis erant, obligavit. ea mancipia mortua ſunt. in ea prædia deinde miſſa ab heredibus Lucii Titii ſunt alia. creditor hæc cum prædiis jure pignoris diſtraxit. Quæſitum fuit, an emptor hæc mancipia recte vindicare poſſit? quærendi cauſa, quod a creditore inventa ſunt in prædiis, ei obligatis cum mancipiis in his conſtitutis. Modeſtinus reſpondit, ſi neque pignorata ſunt ipſa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, creditoribus minime obligata eſſe. Modeſtinus, more quorumdam Veterum, non de facto, ſed de jure reſpondit, non oportere quæri, an mancipia cum prædiis oppignoratis diſtracta modo fuerint in prædiis a debitore conſtituta: ſed an ea mancipia conventione debitoris & creditoris ſint comprehenſa. nam ſi ipſa ſint de quibus convenerit, ab emptore vindicari recte: quia erant obligata. quod ſi alia ſint; non recte vindicari, quia non ſunt obligata de quibus non eſt conventum, ut pignori ſint. Vera hæc rebus ſingulis conventione pignori obligatis: quales res ſunt mancipia in ſuperiore ſpecie. At ſi de univerſitate pignoranda convenerit, forte ambigi poſſit. ſit exemplum in grege: hoc vocabulo univerſitas indigitatur: id eſt, quoddam corpus, conſtans ex diſtantibus capitibus, tamen uni nomini ſubjectis *l. 30. D. de uſurp. & uſucap.* Igitur puta, conveniſſe, ut grex ſit pignori, ex eoque capitibus omnibus per diverſa tempora mortuis, aliiſque in eorum locum ſubſtitutis, renovatum eſſe gregem totum, an durat pignus? quæſtio eo redit, utrum grex ſit idem de quo convenit, an alius de quo non convenit. Marciano *l. 13. D. h. t.* placet, durare pignus: quod exiſtimat, eumdem eſſe gregem de quo convenit, etſi mutatis omnibus capitibus quæ in grege fuere. idemque mihi videtur: ſcilicet, quia de gregis obligatione convenit, non de obligatione ſingulorum capitum quæ initio in grege erant. alius autem eſt grex, alia ſingula capita *l. 1. §. ult. D. de rei vindic.* porro mutata ſunt ſingula capita de quibus, ut pignori ſint, non convenit: ſed grex de cujus obligatione convenit, mutatus non eſt: durante univerſitate, quamdiu ejus ſpecies durat: ut egregie Alfenus *l. 76. D. de judiciis.* Superiori exemplo ſimile eſt ſequens in taberna. qua pignorata, poteſt quæri, quid pignori futurum ſit. ſi enim tabernæ appellatione exaudiamus merces in ea venales, non manent diu eædem. quin quotidie mutantur: dum aliquæ venduntur, & aliæ in earum locum reponuntur. mutatis vero omnibus non poſſunt pignori eſſe in taberna deprehenſæ: quia de his non eſt conventum; & quæ fuere tempore con-

conventionis, jam non ſunt. atque hoc ſi eſt, fuerit metus; ne taberna pignori obligata nihil actum ſit. Sed aliter ſe res habet. certe viſum mihi, conventione de pignoranda taberna quamdam deſignari mercium univerſitatem: cujus particulæ quotidie mutentur, manente ſpecie tabernæ, id eſt, univerſitatis: ideoque intelligi actum; ut ea quæ tempore mortis debitoris quo tempore creditor forte pignus perſequatur, in taberna reperiantur jure pignoris præcluſa, pignori obligata cenſeantur: quaſi eadem duraverit taberna, etſi mutatis mercibus. Sic Scævolam accipio *l.* 34. *D. h. t.*

Ut redeat eo, unde cœpit, diſputatio, putemus, placito, rem certam pignori eſſe, ſolam teneri rem de qua convenit; ideoque eſſe obſervationis, quid ejus rei appellatione comprehendatur. Non autem difficilis erit hæc definitio, re manente illo in ſtatu in quo erat tempore conventionis. ſed finge, mutatam. jam an duret pignus, quæri poteſt? mihi videtur: hac certa ratione, quod non de forma, ut pignori ſit, convenit: ſed de re ſeu materia. ita qualis qualis fiat, pignori tenetur. addam, & optime, quod alioquin foret in poteſtate debitoris, invito aut ignorante creditore, pignoris obligationem formæ mutatione eludere. Ne dubita. clare ſic Marcianus *l.* 16. §. 2. *h. t. Si*, inquit, *res hypothecæ data, poſtea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit.* Et tale ponit exemplum: *veluti de domo data hypothecæ, & horto facta.* addit, *item, ſi de loco convenit, & domus facta ſit, item de loco dato, deinde vineis in eo poſitis.* Æque obſervandum, ubi res obligatur, non hanc aut illam partem jure pignoris; teneri ſed rem totam, omneſque ejus partes obligatas eſſe. Fundamentum huic collectioni eſt, quod in toto pars ineſt *l.* 113. *D. de regul. jur.* & qui totum dicit, omnes intelligit partes: atque ipſas non præſentes tantum, ſed futuras quoque: quia quo accedunt tempore, partes ſunt totius de quo, ut pignori ſit, convenit. Ancilla hoc modo pignori obligara, non tantum ipſa erit pignori, ſed partus quoque ex ea natus: quia quamdiu cohæſit cum viſceribus matris, pars matris, id eſt, pars pignoris fuit: ſeparatus autem a matre manet pignori obligatus: per nativitatem non ſequuto, cur deſineret eſſe *l.* 29. §. 1. *l.* 26. §. 2. *D. h. t.* Similiter, ſi de fundo, ut pignori ſit, convenit, etiam fructus ex eo nati, etſi id non ſit expreſſum, ipſi creduntur pignori ineſſe *l.* 3. *C. In quib. cauſ. pign. tacit.* cum enim pendent, partes prædii videntur *l.* 44. *D. de rei vindic.* eoque partes pignoris procul dubio. Eadem ratione, ſi de fundo convenit, ut hypothecæ ſit, iſque alluvione ſit major factus, totus obligabitur *l.* 16. *D. h. i.* Igitur convento de obliganda re certa, & ipſa pignori eſt, & ejus partes acceſſioneſve: ſed præter has nihil. Adeo conſtat ratio Papiniano *l.* 1. §. 1. *h. t.* ſic ſcribenti: *Servo pignori dato, peculium ejus creditor citra conventionem ſpecialiter ſuper eo conceptam, fruſtra diſtrahit.* Scilicet, quia alius eſt ſervus, aliud ejus peculium: poſtremo hoc non eſt in parte, neque in acceſſione.

A ſpeciali hypotheca proxime tranſitur ad generalem. conſtituitur autem hæc generali conventione. qualis eſt, ut omnia debitoris bona, vel univerſæ ejus res, creditori pignori ſint. ſicut vero ſub genere omnes ejus ſpecies continentur: ita hac conventione omnes debitoris res perinde obligatæ eſſe creduntur, ac ſi ſingulæ nominatim ea conventione eſſent enumeratæ *l.* 2. *C. h. t. l.* 2. *D. Qui poſ. in pign.* idque adeo verum eſt, ut Paulus *l.* 29. §. *ult. D. h. t.* ſcribat, *Si ſciente & conſentiente domino ſervus, ut omnia bona domini obligata eſſent, convenit, ipſum quoque qui cavit, obligatum eſſe pignoris jure.* Dixi de bonis præſentibus. videamus de futuris. & quidem palam convento, ut hæc quoque pignori ſint, ſic in *l.* 1. *D. h. t.* infit Papinianus: *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel* (id eſt, etiam) *poſtea quæſitorum recepta eſt.* Obtinuit igitur, ex generali conventione in qua futurorum quoque bonorum fiat mentio, tam futura, quam præſentia, pignori teneri: hæc pure, illa ſub conditione, ſi adquirantur. Quid, ſi ſimpliciter dixerit debitor, ſe res ſuas ſupponere, non adjecto, præſentes, & futuras? dubitatum aliquando fuit: ſed deciſa quæſtio eſt Conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. Quæ res pignori:* jubentis, jus generalis hypothecæ etiam ad res futuras produci. opinor, quia ſic fieri ſolitum, voluiſſe, ſic factum videri: idque indigitari his ejus verbis, *Cum ſit juſtum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inſpicere.* Quidquid eſt: late patent verba generalis hypothecæ. cave tamen, ea porrigas ultra bona debitoris qui de ea convenit; ideo quod de bonis ſuis oppignorandis, ut potuit convenire, ita voluiſſe convenire, credi debet. Ac veriſſime in *l.* 29. *D. h. t.* reſpondit Paulus, generalem quidem conventionem ſufficere ad obligationem pignorum: ſed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſed poſtea ab herede ejus ex alia cauſa adquiſita ſunt, vindicari non poſſe a creditore teſtatoris. Plus dicam, Veteres circa ipſa debitoris bona, quamvis vel ex his nihil fuerit exceptum, ſuaſiſſe hanc admitti moderationem; ne videatur generaliter eſſe a debitore obligatum, quod non facile ſpecialiter eſſet obligaturus. ac ne exempla eſſent in obſcuro, dixerunt talia eſſe quæ ad uſum ejus quotidianum & neceſſarium, aut ad ſingularem ejus affectionem ſpectent. cedo teſtimonia. non arceſſam: ſunt in manu omnium hæc Ulpiani & Pauli *l.* 6. *& ſeqq. D. h. t. Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve ſit, ea non continebuntur, quæ veriſimile eſt, quemquam ſpe-*

cialiter obligaturum non fuiſſe: utputa ſupellex; item veſtis relinquenda eſt debitori, & ex mancipiis, quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit, eum pignori daturum non fuiſſe: proinde de miniſteriis ejus perquam ei neceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertinent, vel quæ in uſum cotidianum habentur, Serviana non competit. denique concubinam, filios naturales, alumnos conſtitit generali obligatione non contineri, & ſi qua alia ſunt hujuſmodi miniſteria.

Sequens locus eſt, a quo, & in quibus rebus, pignus conſtituatur. De hoc ſic Prætor: *Quod quis ſibi pignori hypothecæve obligatum eſſe dicet: quod de eo convenerit cum eo cujus in bonis erat.* Ante hoc Edictum pignus, quod mancipatione fieret contracta fiducia, tantum poterat in rebus mancipi conſtitui ab his quorum erant ex jure Quiritium: in rebus nec mancipi ea forma induci non poterat. imo ne poterat quidem in rebus mancipi conſtitui ab his quorum in bonis erant; ex jure Quiritium non erant. poterat pignus, fateor, etiam ceſſione in jure conſtitui apud Prætorem vel Præſidem ſine diſtinctione; utrum res eſſet mancipi, an non eſſet. at nec hoc erat citra difficultatem: cum non ſemper eſſet copia ejus Magiſtratus: aliquando per occupationes alias non ſedentis, ſæpe longe abſentis, late patente juriſdictione. optime igitur Prætor, occurſurus tot difficultatibus, ad meram juris ſubtilitatem pertinentibus, ſatis eſſe exiſtimavit, de pignore ſive hypotheca a creditore eſſe conventum cum eo, cujus in bonis qualiſcumque res eſſet eo tempore quo de pignore conveniretur: atque hoc Serviana actione, id eſt, Edicto quo propoſita ea actio fuit, comprehenſum fuiſſe, Zoſimo cuidam Diocletianus & Maximianus reſcripſere *l. 6. C. Si alien. res pign.* Eſſe vero hoc probandum creditori de pignore acturo, Gajus auctor eſt, utique conventione de eo ſpecialiter facta: nam in ea quæ eſt univerſorum bonorum, id non deſiderat *l. 15. §. 1. h. t.* quia talis fit ſub conditione, ſi quæ poſt adquirantur bona. quo caſu alienam rem obligari poſſe, paulo poſt dicetur. Oportet igitur acturum de ſpeciali pignore probare, id tempore conventionis in bonis obligantis fuiſſe. nam cum pignore quæratur jus in re; quis poteſt id conſtituere, præter eum in cujus bonis fuit *l. 53. D. de reg. jur.* aut alium ejus voluntate: Hic vero non refert, utrum ſic fiat ab initio, an ex poſt facto. pone: dominus ratum habet pignus ab alio conſtitutum *l. 20. D. de pign. act.* valebit, etiam retro a tempore conventionis *l. 16. §. 1. D. h. t.* volente ratione, quod quis per alium facit, per ſe facere intelligi. exemplum in procuratore: ſive ei nominatim mandatum ſit, ut pignori det: ſive ſit univerſorum bonorum procurator, ab eo conſtitutus qui ſolebat ſub pignoribus mutuas pecunias accipere *l. 11. §. ult. l. 12. D. de pign. act.* Simile in ſervo aut filiofamilias, ſi rem peculiarem pignori dederit, modo habeat liberam peculii adminiſtrationem: cum & alienare eam rem poſſit *l. 18. §. ult. & l. 19. D. d. t.* nec tamen hoc omnimodo verum eſt. nam ſi rem pro alio obligaverit, non tenetur, licet habeat liberam peculii adminiſtrationem: quia hanc non uſque quaque habet *l. 1. §. 1. D. Quæ res pignori.* Præterea ait Paulus *l. 16. D. de pign. act.* ſi tutor, accepta pecunia in rem pupilli, Lege non refragante, rem ejus pignori dederit, tuendum eſſe: quia quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l. 27. D. de admin. tutor.* idemque eſſe ait in curatore adoleſcentis & furioſi: ſed Lege non refragante. intelligit autem Paulus Orationem D. Severi qua tutores & curatores prohibentur pupilli aut minoris prædia ruſtica & ſuburbana ſine Prætoris decreto alienare aut obligare *l. 1. D. de reb. eor. qui ſub tutel.*

Summa huc redit, quod cujus in bonis res non eſt, ei non eſt jus, de ea obliganda pure convenire: reſiſtente Edicti forma. nec tamen hæc obſtat, quo minus ei liceat convenire ſub conditione, ſi cœperit in ejus bonis eſſe: quia ſic non ante eſt pignori, quam in ejus bonis ſit: quod Prætor voluit *l. 16. §. 7. D. h. t.* Hac ratione Gajus *l. 15. d. t.* patitur, ea quæ nondum ſunt, futura tamen ſunt, pignori dari. Et pro exemplis ponit fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecudum: ſine dubio, quia conditio his, etſi palam non adjecta, vi ipſa ineſt *l. 1. pr. & §. ult. D. de condit. & demonſtr.* Simile in re debita notavit Papinianus *l. 1. D. h. t.* forte propter ſpem eam nanciſcendi: vel quia habens actionem ad adquirendam eam, videtur eam in bonis habere, quæ eſt in actionibus *l. 49. D. de verb. ſignif.*

Non igitur valet pignus de quo eſt conventum, quo tempore nondum erat in bonis obligantis. Quæritur, an convaleſcat ex quo incipiat in ejus bonis eſſe: puta, quod domino heres factus eſt, vel rem pignoratam ab eo emit, aliave juſta cauſa accepit? Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. 5. C. Si alien. res pign.* a quodam Eutychio de facto conſulti, reſcripſerunt: *Cum res quæ necdum in bonis debitoris eſt, pignori data ab eo, poſtea in bonis ejus eſſe incipiat: ordinariam quidem actionem ſuper pignore non competere, manifeſtum eſt: ſed tamen æquitatem facere, ut facile utilis perſecutio exemplo pigneratitiæ detur.* Duæ ſunt Reſcripti partes: dignæ quæ ex ſolido exponantur. prior negat, valere pignus de quo a debitore tum ſit conventum, cum nondum eſſet in bonis ejus, etſi in his poſtea eſſe inceperit: ideoque creditori eo nomine etiam negat actionem ordinariam, id eſt, directam hypothecariam, ex Edicti verbis: non exigentis, pignus in bonis debitoris eſſe, agente creditore: ſed jam tum, cum de eo conveniretur, in bonis fuiſſe. quod in propoſito

non eſt. Altera Reſcripti pars vult; quod ordinaria, id eſt, directa actio creditori ſic nulla competat, reſiſtentibus Edicti verbis: tamen æquitas facit, ut facile utilis detur ex Edicti ſententia: quamquam nec iſta ſimpliciter atque indiſtincte. quomodo igitur? exemplo pigneratitiæ actionis: id eſt, ut ego interpretor, exemplo actionis pigneratitiæ contrariæ. ea vero clauſula denunciat, re aliena pignori obligata a non domino cui dominium poſtea ſuperveniat: multum referre, utrum ſcienti obligata ſit, an ignoranti: priore enim caſu ceſſare utilem actionem Servianam: poſteriore non ceſſare; æquitate eam inducente ad exemplum contrariæ pigneratitiæ actionis, talem diſtinctionem in perſona creditoris manifeſte obſervantis, auctore Paulo *l.* 16. §. 1. *D. de pign act.* At enim Papinianus *l.* 1. *D. h. t.* ſic infit: *In ſpeciem autem alienæ rei collata conventione, poſtea debitori dominio quæſito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; ſed facilior erit poſſidenti retentio.* Novi: & hanc loquendi formam, *Difficilius dabitur utilis actio*, fraudi eſſe Doctiſſimis pleriſque Viris. Sed perſuaſiſſimum habeo, ea contineri modeſtam negationem, Juriſconſultis neque inuſitatam, neque indecoram, ac proinde ſic accipiendam, quaſi dicat Papinianus; Si debitor rem alienam pignori obligavit creditori non ignoranti alienam eſſe, & poſtea dominium debitori ſuperveniat, nulla creditori dabitur utilis actio. Huc ire vim atque uſum ejus locutionis & hic & alibi ſæpe, pluribus teſtimoniis probavi *c.* 12. *lib. ſing. De form. emendand. dol. mal.* quæ hic non repeto; cum poſſint illic videri. Solum adjiciam, nec ſupervacuo, quod illic omiſi, Papinianum in *d. l.* 1. ſcienti creditori utilem quidem negare actionem ad adquirendam poſſeſſionem quam non habeat: verum poſſidenti nihilominus exceptionem juſta ratione accommodare. nam ut conſenſus debitoris de re aliena pignori habenda creditori qui ejus retentione in contrahendo fuit contentus, ad actionem non proſit: æquum tamen eſt, debitorem fidem pacti ſervare; & alioquin a creditore exceptione doli mali repelli *l.* 1. §. 1. *D. de except. dol. mal.* Niſi vel hic ſcrupulum injicit Modeſtinus *l.* 25. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Cum vitioſe vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non eſt.* Sed videamus, ne alium caſum, quam præſentem, in oculis habeat Modeſtinus. ego mihi ſic perſuadeo: eſt enim ejus ſermo de contractu pigneratitio vitioſe vel inutiliter celebrato. vitioſe autem aut inutiliter non intercedit ille contractus, cum res aliena eſt data pignoris loco: modo ſit principale debitum, & res pro eo pignori data non ſit extra commercium, ſacra, verbi gratia, vel fiſci. valet igitur inter debitorem & creditorem, interque eos parit actionem directam & contrariam; quid ni exceptionem? ſed aliter eſt re ſacra pro debito pignori data. tum enim vitioſe intercedit ille contractus: quia de re ſacra contrahi, leges vetant. quid ſi pignori detur res, nullo principali debito? nulla eſt jam dandi cauſa: inutiliter igitur datur. ſic conſtat, quando non ſit retentioni locus.

Intelligis, quid obtinuerit uſu juris, ſi re aliena pignori obligata a debitore, illi dominium deinde ſuperveniat. Quæris, an idem ſit, ſi re aliena a debitore ignorante domino obligata, dominus poſtea fiat debitori heres? Paulus *l.* 41. *D. de pignorat. act.* negat: ſed quia obſcure, more ſuo, quod neceſſe erat, hunc quoque locum ſerio explanavi *d. c.* 12. *lib. ſing. De form. emendand. dol. mal.* ideoque licebit mihi in præſentia paucis abſolvere. Verſus primus ita ſe habet: *Rem alienam pignori dediſti. deinde dominus rei eſſe cœpiſti: datur utilis actio pigneratitia creditori.* Cum Paulus ait, *datur utilis actio pigneratitia creditori*: annotanda ſunt complura: primum ſic accipio Paulum: quaſi dicat, dari poteſt creditori utilis actio, vel creditori aliquando datur utilis actio. Caſum autem in quo ſinit, hanc actionem creditori dari, eſſe puto; ſi ignoranti obligata ſit res aliena. hoc, fateor, non apparet ex ſuperioribus verbis, ſed liquebit mox evidenter ex fine loci. Interim patieris addi, quam Paulus *utilem pigneratitiam actionem* vocat, eam ſequente verſu *pignoris perſecutionem* appellare: indubitato ſigno, per actionem pigneratitiam deſignare actionem hypothecariam quæ & pigneratitia Serviana nominatur, & ad pignoris ſive hypothecæ perſecutionem ſola comparatur; cum actio pigneratitia ſit in perſonam, nec ad pignoris perſecutionem ſpectet. Nondum dixi omnia: plus præſumo, erraſſe Juris Architectos qui hunc Pauli locum poſuerunt ſub Titulo, *De pigneratitia actione*, cum debuiſſet poni ſub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, ad formulam hypothecariam pertinente. forte hoc alicui videatur durius; ſed facile evincam ſequente Pauli verſu: *Non eſt idem dicendum: ſi ego Titio qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris perſecutio creditori concedenda non eſt.* Quam Paulus vocat *pignoris perſecutionem*, non eſt alia, quam actio hypothecaria: nam hæc in rem eſt, & ſola pignus perſequitur. ſeparat vero Paulus caſum hujus verſus a priore: nolens, in hoc obſervari æquitatem quam in illo indulſit: plane convenienter ante dictis. an recte? vertitur dubitatio: quod in poſteriore etiam caſu idem qui eſt debitor, pignoris dominus eſt. adde, quod jam repræſentat eum qui de pignore convenit, & quod tenetur factum defuncti præſtare. Sed, ſi audimus Paulum, hoc ad rem nihil confert: utique non efficit, ut pignus ſic convaleſcat ipſo jure, adeoque utilis

hypothecaria actio, ſine novo facto, ſive ſine nova conventione, convaleſcat. cedo, qua ratione? Paulus hanc dat optimam: *Neque utique ſufficit ad competendam utilem actionem, eumdem eſſe dominum qui pecuniam debet.* Pauli ſenſus huc egreditur: quod debitum non eſt cauſa pignoris; nec magis dominium: ideoque neutrum eſt cauſa utilis hypothecariæ actionis. Quæ ergo? conventio de pignore facta ab eo qui poſtea factus eſt ejus dominus. Hoc probat Paulus verbis ſequentibus: *Sed ſi conveniſſet de pignore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus utilis actio moveatur.* Senſus Pauli eſt: quod cauſa utilis hypothecariæ actionis eſt conventio de pignore cum creditore facta ab eo qui nunc eſt ejus dominus, & tempore conventionis non erat. ſcilicet, quia ſic mendacii arguitur, qui rem alienam ignoranti pro ſua obligavit, & deinde dominus factus, improbe reſiſtit, quo minus ex ſua conventione utili hypothecaria teneatur. at nil tale; ubi ego heres extiti Titio qui rem meam ſine mea voluntate obligavit. ut enim hic debitor ſim, nec minus pignoris dominus, pariter ut in priore ſpecie: quod tamen debeo, non meo nomine debeo, ſed Titii cujus heres ſum: rei autem pignoratæ non ſum Titii ſucceſſione, verum meo jure, dominus. proinde mortuo Titio, ſi creditor adverſus me agat utili hypothecaria actione, ſuum eſſe dicens pignus quod ei ignoranti ſit a Titio cujus heres ſum, obligatum: ei occurram exceptione, Extra quam ſi ea res numquam in bonis Titii fuit: ac ſi replicet, ſe ignorantem eſſe Titii mendacio circumventum; in eoque me qui Titii heres ſum, adverſus ſe adjuvari, æquitatem prohibere: negabo, eſſe cauſam me qui de pignore meæ rei numqam conveni, neque Titio, ut conveniret, auctor fui, improbitatis accuſandi. At enim heres tenetur defuncti factum præſtare. Recte mones: ideoque non intercedo, quo minus teneatur, hoc pignus nova conventione confirmare: ſic enim præſtabit defuncti factum. facile etiam patior, eum quod defunctum repræſentat, ad hoc conveniri contraria actione pigneratitia in perſonam. ſed hæc non eſt Pauli quæſtio in *d. l.* 41. omnis ejus deliberatio eſt de utili actione hypothecaria in rem: eoque an pignus ab alio obligatum, quam a domino, ſine nova conventione, ſponte, ipſo jure, convaleſcat hac ex cauſa; quod dominus hujus pignoris, ſit heres ejus qui de eo convenit. id vero negat Paulus.

Vix mihi tempero; ne poſt expoſitionem *d. l.* 41. attingam *l.* 22. *D. h. t.* in qua Modeſtinus, ut mihi perſuadeo, egregie fulcit a me dicta ad Paulum: etſi a Doctiſſimis Interpretibus putatur his adverſari: non ſatis expenſis Modeſtini verbis. Inſcriptio legis indicat, eam eſſe deſumptam ex *lib.* 7. *Differentiarum.* inde conjicio Modeſtinum in illa, Pauli exemplo, utramque quæſtionem tractaſſe, obſervata utriuſque differentia: quamquam per Architectos Juris hodie altera tantum extet. Verba Modeſtini appoſui. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori ſuo pignori obligaverit, heres extitero, ex poſt facto pignus directo quidem non convaleſcit, ſed utilis pigneratitia dabitur creditori.* Horum verborum ſenſus eſt: Si heres extiterim Titio qui rem meam, me ignorante, pignori obligavit: id pignus directo, id eſt, ſine novo facto, ſponte, ipſo jure, non convaleſcit ob id, quod factus ſum Titii heres: ſed ut valere incipiat pignus, debet a me approbari novo facto, ſive nova conventione: & ut hoc faciam, competit creditori adverſus me qui heres ſum, & defunctum repræſento, contraria pigneratitia actio, quam Modeſtinus vocat utilem pigneratitiam. videlicet, quia ſpectantibus ad juris formam, non valet bonæ fidei contractus, qualis eſt pigneratitius: in quo dolus malus ſit admiſſus, aliena re ignoranti pignori data. Interim, quia intereſt creditoris, ſe non decipi; ſit interpretatione bonæ fidei: ut res perinde accipiatur, ac ſi valeret. inde vero (quod Modeſtinus obſervat) datur creditori adverſus debitorem, ejuſque heredem, ad emendandum dolum malum utilis contraria pigneratitia actio: ut non ita pridem indicavi *d. c.* 12.

Demonſtrato, ad pignoris obligationem a Prætore deſiderari creditoris conventionem cum eo cujus in bonis id eo tempore fuit: tandem reſtat, quid is bonorum appellatione deſignet. Ulpianus *l.* 49. *D. de verb. ſignif.* ait, bona ex eo dici, quod beant, id eſt, beatos faciunt; beare autem eſſe, prodeſſe. inde addit, in bonis noſtris computari non ſolum quæ dominii noſtri ſunt, ſed & ſi bona fide a nobis poſſideantur, vel ſuperficiaria ſunt: jam æque bonis adnumerari, etiam ſi quid eſt in actionibus, petitionibus, perſecutionibus: nam hæc omnia in bonis eſſe videri. Modeſtinus *lib.* 3. *Regularum* in *l.* 52. *D. de adq. rer. dom.* ſic breviter, *Rem*, inquit, *in bonus noſtris habere intelligimur, quotiens poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem, habemus.* De re quæ in dominio eſt, moneri nihil attinet, nemine dubitante, quin res domini ſit in ejus bonis, ab eoque jure obligetur pignori. Idem dicendum de re bona fide poſſeſſa: nam & hanc in bonis eſſe, intelleximus ex *d. l.* 49. quin vulgo notum quod bona fides tantumdem præſtat poſſidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non eſt *l.* 136. *D. de reg. jur.* ab hac cauſa habet Publicianam in rem actionem. & optime Paulus *l.* 18. *D. h. t. Si*, inquit, *ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi; ſic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* Similiter nemo dicet, ſuperficiarium jure civili eſſe dominum

minum ſuperficiei: & tamen nemo negabit, cum inſtar domini reputari jure Prætorio, quo accepit jus in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* & per hoc utilem in rem actionem *l.* 1. §. 3. *D. de ſuperficieb. l.* 73. §. *l.* 74. *& l.* 75. *D. de rei vindic.* igitur nec dubitat Ulpianus *d. l.* 49. quin ſuperficies ſit in bonis ejus. Marcianus autem *l.* 13. §. 3. *D. h. t. Et in ſuperficiariis*, inquit, *legitime conſiſtere creditor poteſt adverſus quemlibet poſſeſſorem: ſive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, ſive etiam poſſeſſio tradita fuerit, deinde amiſſa ſit.* Nec tamen omittendum hoc Pauli *l.* 15. *D. Qui pot. in pign. Etiam ſuperficies in alieno ſolo poſita, pignori dari poteſt: ita tamen, ut prior cauſa ſit domini ſoli, ſi non ſolvatur ei ſolarium.* Idem de fundo vectigali reſpondit Scævola *l.* 31. *d. t.* Marcianus vero *d. l.* 13. §. 2. etiam pignus a creditore pignori dari, affirmat: cum ipſe quoque habeat jus in re *l.* 19. *D de damn. infect.* & propterea hypothecariam in rem actionem *l.* 17. *D. h. t.* De nomine debitoris fuit dubitatum: forte quod invito aut inſcio debitore, non poſſet ei hoc modo mutari aut obtrudi creditor, ſalvo jure. poſtquam tamen vendi cœpit nomen, obtinuit: ut & generaliter & ſpecialiter pignorari poſſit. & hoc jam pridem placuiſſe, memoriæ prodidit Alexander *l.* 4. *C. Quæ res pignori oblig. poſ.* Paulus vero, tamquam in re certa & explorata ſuo tempore, *Si*, inquit, *convenerit, ut nomen debitoris mei pignori ſit, tuenda eſt a Prætore hæc conventio.* Quo modo? *ut & te in exigenda pecunia*, (actionibus utilibus, ut eſt *in d l.* 4.) *& debitorem adverſus me, ſi cum eo experiar, tueatur l.* 18. *D. de pign. act.* Ne alio quidem redit hoc Diocletiani & Maximiani *l.* 7. *C. de hered. vel act. vend. Poſtquam eo decurſum eſt, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium viſum eſt, poſt nominis venditionem utiles emptori (ſicut reſponſum eſt) vel ipſi creditori poſtulanti dandas eſſe.* Similis deliberatio fuit, an uſusfructus pignori obligari poſſit? & quidem ait Marcianus *l.* 11. §. 2. *D h. t.* ſi dominus proprietatis cum ſuo creditore convenerit de obligando rei ſuæ uſufructu, nullam eſſe cauſam, quo minus id ei indulgeatur: volente ratione, cum ſuæ rei, quo modo velit, eſſe arbitrum & moderatorem. at ſi de uſufructu obligando ſit conventum ab eo qui habet ſolum uſumfructum, id eſt, nudum uſumfructum ſine proprietate, potuiſſe dubitari: ſed Papinianum ſcribere, creditorem etiam hic tuendum. qui poteſt, ſalva juris forma? indicavi *lib.* 1. *De uſufructu c.* 3. ubi vide, ſi lubet & vacat. Major pugna eſt circa ſervitutes prædiorum urbanorum & ruſticorum, propter *d. l.* 11. §. *ult. & l.* 12. *D. h. t.* Sed refert, utrum quæratur de nova ſervitute a prædii domino pignori conſtituenda; an de vetere obliganda ab eo cujus prædio jam ſit adquiſita: poſteriore caſu qui eſt *d. l.* 11. §. *ult.* Marciano non placuit, eam obligari: conſideranti, prædii ſervitutem eſſe qualitatem prædii, ipſi inhærentem prædio, & extra hoc nullam: quippe prædio datam ad ejus utilitatem, non domino, niſi prædii contemplatione. ille igitur ſi eam a prædio ſuo ſine voluntate domini ſervientis prædii ad aliud prædium transfert ſive pignoratione, ſive venditione, ſive aliter, ut Marciano videtur, nullo jure transfert: licebitque domino ſervientis prædii contra eum qui ſervitutem pignori accepit, agere actione negatoria, ei non eſſe jus ea ſervitute uti, ſe invito a quo conſtituta ei non ſit. ita in poſteriore caſu Marcianus. At in priore Paulo aliter viſum *d. l.* 12. Lubet apponere ſpecimen. Dominus prædii ruſtici, aut urbani, parum refert, vicini prædii domino, a quo mutuam acceperat pecuniam, conſtituit ſervitutem: hac lege, ut ea utatur, donec ſoluta erit pecunia; & ſi non ſolvatur intra certum tempus, ei ſervitutem vendere liceat. Quæritur, an valeat conventio de ſervitute pignori conſtituenda? Paulus Pomponium ſequutus, putat: quamquam non ex ſubtilitate juris: (ſecundum quam oportet ſervitutem habere cauſam perpetuam quæ in propoſito non eſt *l.* 4. *D. de ſervitutib.*) ſed propter utilitatem contrahentium. quod bene obſervavit D. Galvanus, *De uſufructu c.* 39. & ante Balduinus, *De pignoribus c.* 12. Expoſitis rebus, pignus recipientibus, porro ſubjiciamus paucas excipi ſolitas. Putas forte, me ſpectare ad res exemptas humano commercio, quales ſunt homines liberi *l.* 6. *C. Quæ res pign. oblig.* & loca religioſa *l* 3. *C. eod. tit.* ſed hæ non ſunt in bonis. illas quæro, quæ in bonis ſunt, & nihilominus civili ratione prohibentur obligari. Ut ſpecimen dem: pone ex *l.* 8. *C. Quæ res pign. oblig. poſſ. vel non.* aliquid quod ad culturam agri pertinet: ut in *l.* 7. ſervos aratores, aut boves aratorios, aut inſtrumentum aratorium. nimirum, ne tributorum illatio retardetur: & quid tum? optime apud Tacitum ille *lib.* 4. *Hiſtor. c.* 74. *Neque quies gentium ſine armis, neque arma ſine ſtipendiis, neque ſtipendia ſine tributis haberi queunt.* Sed jus apparet, & ex eo ſequens diſputatio apud Quintilianum *lib.* 7. *Inſt. orat. c.* 8. *p.* 555. *An quod in toto, idem in parte: Aratrum accipere pignori non licet. vomerem accipit.* Aliud exemplum præbet hoc Alexandri ad Septinium *l.* 5. *C. d. t. Spem eorum præmiorum quæ pro coronis athletis penſitanda ſunt, privata pactione pignorari, minime admittendum eſt: & ideo nec ſi generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.* Alexander ſpectat ad ludos gymnicos in quibus decertabant athletæ: de quibus dixi ſub Titulo, *De his qui not. infam.* addidi illic, hos ludos, quod in honorem Deorum inſtituerentur, appellatos fuiſſe certamina ſacra. nunc ſciendum, in his datas victoribus eſſe coronas, (de quibus Petrus

trus Faber *lib.* 2. *Agoniſtic. c.* 22.) ipſaſque victorias vocatas idcirco eſſe coronas. Hac ratione Alexander cum ait, athletis præmia pro coronis penſitari, ſignificat, athletis præmia pro victoriis penſitari. Papinianus *l.* 40. *D. de re judicata* ait, ea præmia præſtari propter coronas ſacras: & in his manifeſte meminit *pecuniæ:* quia hæc præmia erant commoda annonaria, ſeu mercedes, ſalaria, obſonia, victoribus, quamdiu viverent, a civitatibus, unde oriundi erant, annuatim ſolvenda. Egregie hæc obſervat Petrus Faber *d. lib.* 2. *c.* 17. ex Plinio aliiſque. quibus addo hoc Vitruvii, *Præfat. lib.* 9. *Nobilibus Athletis qui Olympia, Pythia, Iſthmia, Nemea viciſſent, Græcorum majores ita magnos honores conſtituerunt, ut non modo in conventu ſtantes cum palma & corona ferant laudes, ſed etiam cum revertantur in ſuas civitates cum victoria quadrigis in mænia & in patriam invehantur, e reque publica perpetua vita conſtitutis vectigalibus fruantur.* Æque pulchre obſervat Faber, Alexandrum *d. l.* 5. non prohibere obligationem præmiorum jam pro corona ſeu victoria debitorum: ſed vetare obligationem ſpei præmiorum ob coronas ſeu victorias futuras. ſane ſi debita aut percepta ſint ob reportatam victoriam; contra eſſe, clare teſtatur Papinianus *d. l.* 40. *Commodis*, inquiens, *præmiorum quæ propter coronas ſacras præſtantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam jure pignoris in cauſam judicati capi.* Nec eſt obſcura differentiæ ratio: quod peracto certamine, & obtenta corona ſeu victoria, non intereſt communis voluptatis Populi, qua alacritate deinde ſit athleta, quidve de commodis præmiorum ſuorum ſtatuat: ſed ante certamen, nondum obtenta corona ſeu victoria, aliter erat: nam tum intererat publicæ feſtivitatis qua Deorum cultus æſtimabatur, ſpem futurorum præmiorum non obligari pignori: ne athletarum virtus amiſſa ſpe ea retinendi facile laxaretur.

Age nunc diſſeramus de actione, pignoris hypothecæve nomine a Prætore propoſita: tanta videlicet ejus auctoritate; ut Gajo teſte in *l.* 27. *D. de noxalib. action.* pignus cujus perſecutio negatur, nullum ſit. Eſt vero illa duplex, nec unius Prætoris. prior vindicat invecta, illata, inducta, in prædium ruſticum locatori ab eo cujus in bonis erant, manifeſte obligata in ſecuritatem mercedis. Appellata hæc ab auctore Serviana. ejuſque exemplo inventa deinde eſt altera, cætera pignora perſecutura. quæ quaſi Serviana vocatur §. 7. *Inſt. de actionibus.* alibi Serviana ſimpliciter *l.* 3. *l.* 10. *l.* 18. *D. h. t.* & a fine ad quem comparata, pigneratitia *l.* 41. *D. de pign. act. l.* 9. *in fin. D. Quib. mod. pign. ſolv. & alibi.* plenius pigneratitia Serviana *l.* 3. §. 3. *D. Ad exhibend.* paſſim hypothecaria, & a Juſtiniano *l. omnem* §. 4. *De concept. Digeſt.* formula hypothecaria: ad eamque ſcriptum cum a Gajo, tum a Marciano, eſſe librum ſingularem, indicant aliquæ ſub hoc Titulo Inſcriptiones. Ita conjicio, propoſitas duobus Edictis fuiſſe has actiones: unam Servii, cujuſdam incogniti, alteram Prætoris alterius a Veteribus nuſquam proditi. nec animadverto, cur hoc nolit D. Vinnius ad §. 7. *Inſt. de action.* arbitratus, Servianam venire ex Edicti verbis: quaſi Servianam Prudentibus deberi ex Edicti ſententia. Sed Vinnium refutat; quod actio hypothecaria, ſive quaſi Serviana, in *l.* 5. *C. Si alien. res pignor.* alia dicitur ordinaria, alia utilis. illa venit ex Edicti verbis, ſi pignus tempore conventionis in bonis debitoris fuit: iſta ex Edicti ſententia, cum re aliena pignori obligata tempore conventionis, dominium debitori poſtea ſupervenit. Non minus huc pertinet, quod in *l.* 6. mox ſequente ſic extat: *Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerint.* Nec alio modo accipio hoc Philippi *l.* 19. *C. de uſuris: Cum Serviana etiam actio manifeſte declaret, pignoris inhiberi perſecutionem, vel ſolutis pecuniis, vel ſi per creditorem ſteterit, quo minus ſolvantur.* Sermo utriuſque loci explicat formam & rationem actionis quaſi Servianæ: licet ſimpliciter appelletur Serviana. eo vero nomine non ipſa deſignatur actio; ſed Edictum quo illa actio a Prætore fuit prodita. Sed nimis liquet, cum ex his, tum ex *d.* §. 7. actionem quaſi Servianam non a Prudentum interpretatione, ſed a Prætore atque Edicto ipſo, proficiſci.

Interim eſt unus utriuſque actionis exitus; ac ne bis idem dicatur, ſequutus exemplum Veterum, ſolam exponam quaſi Servianam: eadem de Serviana intellecturus. Prima deliberatio erit, qualis illa actio ſit, & quæ ejus cauſa. Eſt autem in rem *l.* 17. *D. de pignorib.* ſubnixa quippe jure in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* quod ſortita ex juriſdictione, ſive Edicto Prætoris §. 7. *Inſt. de actionib.* illam polliciti, re aliqua pro debito obligata ab eo cujus in bonis erat tempore conventionis *l.* 6. *C. Si aliena res pignori*; eſtque conſenſu in hoc itum, ejus uſum eſſe certum, pignore ſimpliciter conſtituto. cæterum antichreſi facta, & inducto creditore in poſſeſſionem fundi vel domus, ut ſibi habeat fructus in vicem uſurarum, contra eſt pervulgata Interpretum ſententia, poſſeſſione amiſſa ceſſare hypothecariam, ſive quaſi Servianam actionem, & in factum dandam. Sed mihi non placet hæc ſententia, nec eſt vera, etſi in *l.* 11. §. 1. *D. de pignorib.* magno ſubnixa creditur auctore Marciano. nam cum antichreſis, id eſt, mutuus pignoris uſus, creditori datur debitoris conventione: an agitur aliud, rem ſpectantibus, quam ut fundus aut domus pro debito obligetur ab eo cujus in bonis ſit? Atqui ſic ſit pignus: nec hoc eſſe deſinit ideo, quod perceptus a creditore fructus, ob ad-

jectum

Digitized by Google

jectum pactum, ejus ſit in vicem uſurarum. minime. quid ni igitur amiſſa poſſeſſione illi ſufficiat actio hypothecaria, ſola a Prætore ad vindicandam pignoris poſſeſſionem propoſita? Hanc viam ingreſſus ſum, ipſo duce Marciano in verbis *d. l.* 11. §. 1. a me ſic veriſſime emendatis: *Si ἀντίχρησις facta ſit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eo uſque retinet poſſeſſionem pignoris loco, donec illi pecunia ſolvatur; cum in uſuras fructus percipiat aut locando aut ipſe percipiendo habitandoque. itaque ſi amiſerit poſſeſſionem, ſolet hac actione uti.* In omnibus exemplaribus hactenus quidem legitur, *ſolet in factum actione uti.* ſed verba ſunt corrupta: & confundunt optimam Marciani ratiocinationem. ea igitur ut conſtet, ſcribe: *ſolet hac actione uti:* id eſt, actione hypothecaria. Ita emendavi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 9. ubi vide emendationis argumenta.

Altera inſpectio erit, cui detur actio hypothecaria. intelligitur autem ex Edicti forma, ſoli dari ei, qui poſſit dicere, rem petitam ſibi jure pignoris teneri. poteſt vero id dicere, quiſquis probat, ſibi debitam eſſe pecuniam: & rem quam petit, pro ea ſibi obligatam eſſe ab eo, cujus in bonis erat. Pari ratione ejus heredi datur, atque in ſolidum, cum unus eſt: ſi plures ſint, omnibus. quomodo? Impp. Valerianus & Gallienus *l.* 1. *C. Si unus ex pluribus heredib.* ſic reſcripſere: *Manifeſti & indubitati juris eſt, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem perſonalem inter eos Lege Duodecim Tabularum dividi: pignus vero in ſolidum unicuique teneri.*

Tertius locus eſt, adverſus quem detur hypothecaria actio. datur autem adverſus poſſeſſorem pignoris: poſtulante natura actionis in rem. Marcianus *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus* addit, etiam dari adverſus eum qui fecit dolo malo, quo minus poſſideret. De herede videamus? is tenetur, non tamquam heres, ſed tamquam poſſeſſor: ideoque cum plures ſunt, datur adverſus ſingulos in ſolidum, quamvis perſonales actiones inter eos ipſo jure dividantur pro portionibus hereditariis. ita Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. Si unus ex plurib. hered.* Verba: *Actio quidem perſonalis inter heredes pro ſingulis portionibus quæſita ſcinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diverſi poſſident: cum ejus vindicatio non perſonam obliget, ſed rem ſequatur: qui poſſident, tenentes non pro modo ſingularum rerum ſubſtantiæ conveniuntur, ſed in ſolidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.* Datur igitur hæc actio adverſus poſſeſſorem. Utrum excuſſo demum principali debitore: an etiam ante? non diſtinxit Prætor: actionem ſimpliciter pollicitus adverſus poſſeſſorem. adeo relinquit arbitrio creditoris: priuſne agat perſonali actione adverſus debitorem; an hypothecaria adverſus poſſeſſorem. idque certi juris eſſe, reſcripſere Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 14. & *l.* 24. *C. de pignorib.* Receptum tamen fuit: ut præſens debitor, prius denunciationibus urgeretur ad ſolvendum; & eo ceſſante in ſolutione, tum adverſus pignoris poſſeſſorem veniretur. *l.* 10. *C. d. t.* Longius perrexit Imp. Juſtinianus *Novell.* 4. *c.* 2. vetans, ad pignoris poſſeſſorem veniri; niſi prius excuſſis debitoris bonis, inſtituta perſonali actione. Id olim jure ſingulari, fiſco pignus vindicante, placuerat ex decreto Imp. Commodi; æquitatem Principali benignitate ſequuti adverſus juris regulas. quod nulli licuiſſe Magiſtratui, indigitare mihi videtur Paulus *l.* 47. *D. de jur. fiſc.* quæ eſt ex ejus lib. 1. Decretorum. ſed quod tum ſingulare fiſci jus fuit, Juſtinianus, ut poterat, *d. c.* 2. fecit commune omnium.

Finis hujus actionis eſt, ut pignus arbitrio Judicis reſtituatur. ſic enim conceptum a me Edictum: & arbitrariam eſſe hanc actionem diſcimus ex §. 31. *Inſt. de actionib.* Inde quale ſit officium Judicis, facile intelligitur. Eſt autem ejus, inſpicere: an actor potuerit dicere, rem quam petit, ſibi pignori teneri: id eſt, an probaverit, ſibi debitum eſſe; & rem petitam pro eo ſibi eſſe obligatam ab eo cujus in bonis erat: & deinde, an ea res a reo poſſideatur. Tenes Judicis notionem: expectas ſententiam. Forma a Marciano traditur in *l.* 16. §. 3. & 4. tum ab Ulpiano *l.* 21. §. 3. *D. de pignorib.* ſed ab utroque non æque diſtincte. an eodem modo, videamus. Unum certum; quod uterque (ſi non paret, quod dixi) conſentit, convenire officio Judicis, reum abſolvere: & contra, ſi paret, declarare, rem petitam actori eſſe obligatam jure pignoris: ſimul jubere, hanc a poſſeſſore ei reſtitui. id ſi fiat; bene eſſe: ſi non fiat, & juſta allegetur cauſa, cur in præſenti non poſſit reſtitui, litem cautionibus expediri ſolitam. quod ſi nulla ſit talis cauſa; puto, Judicem, uti de in rem actionibus eſt a Juſtiniano traditum §. 2. *Inſt. de officio Judicis,* ſic ex ſententia quoque Ulpiani *d. l.* 21. §. 3. hic litem æſtimaturum. Quomodo? verba Ulpiani appoſui: ſunt autem hæc: *Si res pignorata non reſtituatur, lis adverſus poſſeſſorem erit æſtimanda: ſed utique aliter adverſus ipſum debitorem, aliter adverſus quemvis poſſeſſorem. nam adverſus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris intereſt: adverſus cæteros poſſeſſores etiam pluris: & quod amplius debito conſecutus creditor fuerit, reſtituere debitori debet pigneratitia actione.* Hæc Ulpianus diſtincte. Quid Marcianus? is in *d. l.* 16. §. 3. ſine diſcrimine ſic inſit: *In vindicatione pignoris quæritur, an rem de qua actum eſt, poſſideat is, cum quo actum eſt? nam ſi non poſſideat, nec dolo fecerit, quo minus poſſideat, abſolvi debet. Si vero poſſideat, & aut pecuniam ſolvat, aut rem reſtituat, æque abſolvendus eſt. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio ſequetur. Sed ſi velit reſtituere, nec poſſit, forte quod res abeſt, & longe eſt, vel in*

provinciis, ſolet cautionibus res explicari: nam ſi caverit ſe reſtituturum, abſolvitur. Sin vero dolo quidem deſierit poſſidere; ſumma autem ope niſus non poſſit rem ipſam reſtituere: tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit; ſicut in cæteris in rem actionibus. Nam ſi tanti condemnandus eſſet, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum & in perſonam agendo idem conſequeretur. Feci tenebras: petis lucem. erit manifeſta: ſi a Marciano dicta hactenus ad juris ſubtilitatem exigamus: ſed ab Ulpiano tradita magis humanitatis eſſe exiſtimemus: eamque tandem a Marciano æque probari. Ubi? in *d. l.* 16. §. 6. verbis ſequentibus: *Si pluris condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quam computatio ſortis & uſurarum faciebat, an ſi tantum ſolverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca. quod ego quantum quidem ad ſubtilitatem legis & auctoritatem ſententiæ non probo: ſemel enim cauſa tranſire videtur ad condemnationem, & inde pecunia deberi. Sed humanius eſt, non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare.* Utut hoc accipere tibi placeat: interim manet certum quod ante dixi, eſſe Judicis officium, probato a petitore pignore, jubere, id illi a poſſeſſore reſtitui. Nunc addam, a Marciano *d. l.* 16. §. 4. hoc plus obſervari, *Interdum etiam de fructibus arbitrari debere Judicem.* Quo modo? Marcianus ſic ait: *Ut ex quo lis inchoata ſit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet.* Tum cauſatur: *Quid enim ſi minoris ſit prædium, quam debetur?* Et deinde: *Nam de antecedentibus nihil poteſt pronunciare; niſi extent, & res non ſufficit.*

Intelleximus, actionem hypothecariam creditori ad adquirendam vel recuperandam pignoris poſſeſſionem Prætoris humanitate indulgeri. An poſſidenti etiam exceptio concedatur, quæris? de hac ſilet Prætor, cum actionem promittat palam. Sed mihi videtur pro exceptione eadem ſtare æquitas qua propoſita a Prætore actio eſt. præterea teneo memoria, quod ſub actionis appellatione & alibi exceptio comprehenditur. obſervavit hoc Ulpianus *l.* 28. §. 5. *D. Ex quib. cauſ. major.* ſimiliter in *l.* 156. §. 1. *D. de reg. jur.* (id eſt, in interpretatione Edicti de ſuperficiebus: ut ex *l.* 1. §. 3. *D. de ſuperficiebus*, & Inſcriptione utriuſque loci intelligitur) dicit, *Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multo magis quis dixerit.* Sed quid hæreo? admiſſa ab Ulpiano in propoſito ſine ſcrupulo exceptione in *l.* 10. *D. de pignorib.* quid, ſi creditor pignus non alio fine perſequitur, quam ut ejus poſſeſſioni incumbat, donec debitum ei ſolvatur, aut pro eo ſatisfiat? Jam vero, ne ſterilis ea res ſit debitori, creditor in *l.* 23. *d. t.* etiam locat prædia, aut fructus percipit; etſi ſorti imputandos *l.* 1. & 2. *C. de pign. act.* niſi facta dicatur antichreſis, id eſt, mutuus pignoris uſus. nam hoc caſu fructus in uſuras percipit, aut locando, aut ipſe percipiendo. Certum hoc, manifeſta antichreſi *l.* 11. §. 1. *D. de pignorib.* Imo tacita quoque. Utrumque, ſicut res meretur, majore cura oſtendi *lib.* 2. *De fænore & uſuris c.* 9.

Poſtquam de actione hypothecaria diſputavi: ſequitur, ut ne de ejus quidem venditione quidquam indiſcuſſum relinquam: admodum notabili & neceſſario hoc adquiſitæ poſſeſſionis exitu, ut creditori tandem liceat, debitore ceſſante ſolvere aut ſatisfacere, pignus vendere, & ex pretio ad ſuum pervenire. eſt vero hoc adeo proprium naturæ pignoris: ut Papinianus, negantibus, rem pignori teneri, eam fruſtra diſtrahi opinetur *l.* 1. §. 1. *D. de pignorib.* & e diverſo rem ex pacto de ea diſtrahenda pignori obligatam eſſe, conjiciat *l.* 3. §. *ult. D. Qui pot. in pign.* Eſt autem hoc jus æquiſſimum Ulpiano viſum, pacto inter debitorem & creditorem de vendendo pignore palam interpoſito vel ab initio vel poſtea: nulla plane differentia, utrum ipſe dominus, an creditor ejus voluntate, pignus vendat & tradat. *l.* 4. *D. de pign. act.* Verum pone, ſimpliciter datum eſſe pignus, & de vendendo nihil conventum. Hic puto, dubitatum fuiſſe a quibuſdam: ſed prævaluiſſe ſententiam exiſtimantium, adhuc tum licere creditori diſtrahere; ſi modo non convenit, ne liceat. idque indigitari ab Ulpiano *d. l.* 4. cum ait, hoc nos jure uti: id eſt, poſt aliquas variationes tandem obtinuiſſe, ut vendere liceat quaſi ex tacito pacto. Quamquam non alias, quam ſi creditor debitori ante ter denunciavit, ut ſolvat, & ſit ceſſatum. Ne ambige. ita definit Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. 1. hiſce verbis: *Creditor ſi ſimpliciter ſibi pignus depoſitum diſtrahere velit, ter ante denuntiare debitori ſuo debet, ut pignus luat, ne a ſe diſtrahatur.* Hoc Paulus. nec alio conſilio putaſſe videtur Javolenus *l.* 73. *D. de furt.* alioquin furti teneri eum. Ego ne ad hoc quidem ſubſiſtam: idem præterea exiſtimans, ſi convenit; ne diſtrahatur pignus. nam & tum creditor, ſi diſtraxerit, furti obligatur: niſi debitori ante ter denunciaverit, ut ſolvat, & ceſſaverit. Siccine? vel huc deventum eſſe, confitetur *d. l.* 4. Ulpianus, & ſuffragatur Paulus *d. lib.* 2. *Sentent. tit.* 13. §. 5. Verba Pauli: *Si inter creditorem & debitorem convenerit, ut fiduciam ſibi vendere, non liceat, non ſolvente debitore, creditor denuntiare ei ſolenniter* (veriſſime forte, ingenioſiſſime certe, in Notis ita reſtituit Eruditiſſimus meus Collega & Cognatus, D. Schultingius, *ſolenniTER*, & exponit, *ſolenniter ter*) *poteſt, & diſtrahere. nec enim ex tali conventione fiduciæ actio naſci poteſt.* Attigit hæc aliquando etiam Ranchinus V. Cl. *lib.* 3. *Var. lect. c.* 14. Utinam addidiſſet, & hic & ille, (utile enim erat ſciri) cur Ulpianus *d. l.* 4. in ſola poſtrema ſpecie meminerit trinæ denunciationis, a creditore faciendæ; non æque in præcedente: cum Veteres illam in utraque exegerint palam. Hoc igitur quemadmo-

admodum ad certum adducendum ſit, cogitent alii. Mea ſuſpicio eſt, Ulpiano fuiſſe negotium, alterum extricare caſum de quo magis poterat ambigi: alterum in quo minor erat dubitatio, præterire tamquam explicatione minus egentem. expeditior erat tractatus, pignore ſimpliciter tradito; quam ſub ea lege, ne diſtraheretur. Sed talia etiam alibi obſervavi *lib. 1. Probabil. c. 5.*.

Conſtituta creditori ſic pignoris venditione, non eſt, quod putemus, debitori ultra permitti, eam ſua denunciatione impedire: ſive integro adhuc debito: ſive cum in debito aliquid, vel modicum, de ſorte aut uſuris perſeveret. habet enim creditor, quamdiu numeratum ei non eſt integrum debitum, etiamſi id pro majore parte conſecutus ſit, diſtrahendi pignoris facultatem *l. 2. C. Debit. vendit. pign. imped. non poſſ. l. 6. C. de diſtract. pign.* hac clara ratione: quod indiviſa eſt pignoris cauſa *l. 65. D. de evict.* univerſis ejus partibus pro integro debito obligatis. Uſum vero invenit hæc definitio, non ſolum vivo debitore, ſed mortuo quoque, & pluribus ab eo relictis heredibus: inter quos perſonalibus actionibus ex Lege Duodecim Tabularum ipſo jure diviſis, nihilominus pignora, tamquam rem, non perſonam, ſequentia, in ſolidum manent obnoxia *l. 2. C. Si unus ex plurib. hered. cred. & debit.* Huc ſerunt ſe Diocletianus & Maximianus *l. 16. C. de diſtract. pign.* Sylvano cuidam ſic reſcribentes: *Unus ex multis debitoris qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo perſonali actione peti potuit, ſolvendo res obligatas diſtrahendi creditori facultatem non adimit.*

Non magis oportet hic ſileri: quod creditori facientes jus vendendi pignoris, ejus arbitrio permittimus, pluribus rebus obligatis, quibus diſtractis malit ad ſuum pervenire *l. 8. D. de diſtract. pign.* habet enim in omnibus jus æquale: nec animadverto, cur iniquum ſit, eum potius ex ſuo, quam ex debitoris, commodo venditionem inſtituere? placuit tamen Severo & Antonino *l. 2. C. de pignorib.* ſi aliquibus ſpecialiter, & univerſis bonis generaliter obligatis, creditor ex pignoribus nominatim obligatis, pro certo poſſit univerſum debitum redigere, juriſdictionem ſic temperare; ne illi permittatur ea quæ alius poſtea ex eiſdem bonis pignori acceperit, huic interim auferre.

Cæterum, ut creditoris arbitrio in pignorum venditione relinquamus, quodnam ex pluribus malit venditum: non tamen idcirco eum ab omni formæ obſervatione liberamus. quin volumus, paratum vendere, de conſilio ſuo debitorem facere certiorem, & quidem teſtato *l. 4. C. de diſtract. pign.* etiam agere bona fide: amplius venditionem facere ſolemniter *l. 9. C. d. t.* ideoque proſcribere pignus *d. l. 4.* id eſt, affixis libellis locis celebribus, ſignificare, eſſe venale, ut reperiat emptores. Morem tangit Cicero Pro *Quintio*, Seneca *lib. 4. De benefic. c. 12.* Suetonius *Claudio c. 9.* eique interpretati Loenſis *lib. 9. Miſcellan. c. 1.* & Salmaſius *De mod. uſur. c. 16.* Quid ergo, ſi venditio facta ſit non jure? nulla eſt: ideoque dominus manſit debitor, habetque rei ſuæ vindicationem *l. 2. C. Si vend. pign. agat.* contra, ſi jure facta ſit venditio, quamvis non obſervatis quæ oportet obſervari: non idcirco reſolvitur venditio. tantum tenetur debitori creditor actione pigneratitia ad id quod intereſt *l. 7. C. de diſtract. pign.* in emptorem vero nulla datur actio: licet vel ipſe fuerit doli particeps; præterquam uno in caſu: qui caſus eſt, ſi de bonis condemnati creditoris pecunia non potuerit ſolvi, & probatum fuerit, emptorem mala fide emiſſe. tum enim jubebit Præſes provinciæ, debitore pecuniam quanti fundus venit cum uſuris offerente, fundum cum fructibus ab emptore malæ fidei reſtitui *l. 1. C. Si vend. pign. agat.* utili in rem actione *l. 4. C. d. t.* neſcio an ex clauſula, Item ſi quæ alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur: quæ clauſula eſt Edicti in *l. 1. D. Quib. ex cauſ. major.*

Effectus venditi pignoris eſt: ut dominium in emptorem creditoris traditione transferatur. At enim nemo poteſt plus juris in alium transferre, quam ipſe habet *l. 54. D. de reg. jur.* in pignore autem creditoris poſſeſſionem dicimus; dominium non dicimus. Recte mones: ſed Ulpianus *l. 46. D. de adquir. rer. domin.* non eſſe novum, infit; ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat. & exemplum petit a creditore: quem ait pignus vendendo præſtare cauſam dominii quam ipſe non habuit. Sic ille. quo fundamento? ſupra dixi, eum vendere ex domini voluntate: nec intereſſe, utrum ipſe vendat dominus, an alius ejus voluntate. Hoc igitur miſſo, potius, quid inde conſequens ſit, expediam. Igitur cum dominus ſit moderator & arbiter rei ſuæ, etiam emptorem pignoris talem eſſe, neceſſe eſt. nec eſt dubium, quin emptum traditumque pignus ei invito auferri nequeat *l. 11. D. de reg. jur.* neque a debitore ipſo, neque a ſecundo creditore, utcumque ſolutum pretium offerente *l. 3. D. de diſtract. pign.* Et tamen, ſi venditio facta ſit hac lege, ut creditori liceat pecuniam reddere, & pignus recuperare, erit illi jus, legem exequi. nec minus debitori, ab eo directa actione pigneratitia petere, ut quas habeat actiones, ſibi cedat *l. 7. pr. D. d. t.* Quid, ſi in vendendo pignore convenerit inter creditorem & emptorem, ut liceret debitori, ſoluta emptori pecunia, rem ſuam recipere, ut factum in *l. 13. D. de pign. act.* vel (ut eſt in *d. l. 7. §. 1.*) ſi ſoluta a debitore fuerit pecunia, emptio reſcindatur? Utrovis modo facta ſit pactio, facta eſt recte; quamvis alioquin nemo alteri paciſcendo cavere poſſit *l. 73. §. ult. D. de reg. jur.*

nam quia intereſt creditoris, debitori tali pactione provideri: perinde eſt, ac ſi ipſe ſibi pactus eſſet. quid ſi pactione comprehenſum eſt tempus certum? ait Papinianus *d. l.* 7. §. 1. pecunia intra tempus ſoluta, hypothecam a debitore recipi: ſi vero tempus præterierit, aut ſi non eo pacto res venierit, non poſſe reſcindi venditionem; niſi debitor ſit minor annis viginti quinque, aut pupillus, aut reipublicæ cauſa abſens, vel in aliqua earum cauſarum, ex quibus Edicto (de in integrum reſtitutionibus) ſuccurritur. Tenes vim pactionis a creditore factæ. Nondum formam juris qua ſuſtineatur. De ea ſic Ulpianus *d. l.* 13. *Scripſit Julianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſus emptorem.* Vere hactenus. an æque in ſequentibus? *Sed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adverſus emptorem agere.* Negat Antonius Faber *p.* 1. *De error. Pragmatic. Decad.* 22. *Error.* 9. hanc clauſulam Triboniani eſſe, ſuſpicatus. Ipſe non auſim, eam Ulpiano abjudicare: arbitratus, æquitate motum, juris ſubtilitatem a Juliano adhuc retentam, ex uſu ſui temporis neglexiſſe: quaſi dominio creditoris pactione debitori ſervato, ſatis rationis ſit ad concedendam utilem vindicationem; aut ad admittendam, omiſſa ceſſione actionis directæ ex vendito, in factum actionem: accedente præſertim utilitate evitandarum ambagum.

Satis de pactione qua vel creditori vel debitori ſervetur jus luendi pignoris venditi. Vin', addam, ſimile aliquando placuiſſe, quamvis nulla intervenerit hujuſmodi pactio? vel hic mos geretur tibi. exempla dat Marcianus duo *l.* 5. §. 1. *D. de distract. pign. Si*, inquiens, *ſecundus creditor vel fidejuſſor ſoluta pecunia, pignora ſuſceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt.* Et eſt ratio utriuſque exceptionis non inelegans: quod pecunia ab his, non tam adquirendi dominii, quam juris ſui ſervandi, cauſa data intelligitur *l.* 2. *l.* 6. *D. d. t.*

Vidimus vim tranſlati dominii: quæ evicti? ſic puta: aut rem pignoratam vendidit creditor, aut pignus ſuum. priore caſu ſequutus commune jus emptionis & venditionis, emptori tenetur in duplum, exemplo cæterorum venditorum: poſteriore vendidit jus quod ex pignore in re habuit: ſufficitque illi, hoc emptori cedere; & ſi poſſidet pignus, tradere poſſeſſionem *l.* 13. *d. t.* Nec tamen erit audiendus: deinde volens ejuſdem rei quæſtionem emptori ex alia cauſa movere: quia utique debet ei præſtare bonam fidem; etſi is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei ad venditorem redire nequeat *l.* 10. *d. t.*

Superior cura fuit ſervandi juris cum emptoris, tum creditoris. ſequens debitori debetur: nam nec ille negligendus fuit. igitur vendito pignore, ſi minus confectum ſit, quam ſolutioni ſufficiat; manet creditori ad id quod deeſt perſonalis actio *l.* 9. §. 1. *D. de distract. pign.* quid ſi exæquet debitum? liberatus intelligitur debitor. ſi vero excedat; reddendum ei eſt ſuperfluum *l. ult.* §. 4. *C. de jur. dom. impetr.* per actionem pigneratitiam *l. ult. C. de diſtr. pign.* Nimirum, quia æquius eſt, quod pignoris occaſione pervenit, ad debitoris commodum redire, quam lucro creditoris cedere ex re aliena *l.* 12. §. 1. *D. eod.* At enim venit ex jure pignoris quod creditoris fuit. Erras: venit ex negotiatione de re pignorata, atque ea fuit debitoris. Verum hoc quoque habet exceptionem *d. l. ult. C. eod tit.* ſpecialiter placito; ut ſive plus, ſive minus, redeat ex vendito pignore, creditor eo quod redactum eſt, contentus ſit. De eo fuit quæſitum, an creditor, nondum ſoluto ab emptore pretio, actione pigneratitia directa a debitore de ſuperfluo conventus, audiendus ſit, volens emptorem debitori delegare? Negat Papinianus *l.* 42. *D. de pign. act.* & ſic cauſatur, *Cum in venditione quæ* [*rite*] *fit, ex facto ſuum creditor negotium gerat.*

Hactenus dicta obtinent, pignore a creditore vendito. ſed fac, non inveniri emptorem. ſolum jam reſtat; ut a Principe jus dominii impetretur forma ea quam indicat Juſtinianus *l. ult. C. de jure domin. impetr.*

Indicavi, quam difficili & moleſta aſperitate inventa jure civili ſit forma pignoris, actionem in rem paritura; & quanta benignitate eam emolliverit Prætor. Quid deinde inſecutum ſit, omittere me non ſinit elegantia materiæ. Igitur cum Prætor intra conventionem retinuiſſet modum conſtituendi pignoris ſive hypothecæ, & conſequenter vim ac poteſtatem actionis hypothecariæ: poſtea eſt illi addita legis providentia; quodque ea inducitur pignus, inde tacitum & legitimum appellatur. cœpit vero ejus initium a fictione taciti pacti: ſervatura reverentiam Edicti Prætoris, pro fundamento actionis hypothecariæ conventionem creditoris cum eo cujus in bonis res eſt, deſiderantis. placuit hæc imago moribus in inductis & illatis a conductore in prædium urbanum, neſcio, an approbata Principis Reſcripto. Mitto Paulum *l.* 4. *D. de pact.* ita Neratius *l.* 4. *D. In quib. cauſ. pign. vel hypothec. tac. Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacite convenerit. in ruſticis prædiis contra obſervatur.* Pomponius *l.* 7. *d. t.* hoc plus addit: *In prædiis ruſticis fructus, qui ibi naſcuntur, tacite intelliguntur pignori eſſe domino fundi locati, etiam ſi nominatim id non convenerit.* Sed de his ex profeſſo egi *lib. ſing. Ad Edict. Præt. De pact. & tranſact. c.* 2.

Ab hoc initio profectum pignus legitimum, deinde liberiorem invenit viam in compluribus caſibus: prorſus, ut non egeret colore tacitæ conventionis; ſed Principis Conſtitu-

ſtitutione aut Senatuſconſulto ſubnixum, quaſi ex privilegio actionem hypothecariam ſine fictione conventionis palam acciperet. Fuit hoc ſic tractandum: ut intelligeretur notabilis juris progreſſus, a Juſtiniano traditus *l. 1. C. Commun. de legat.* licet ſimul ibi videre, ſi lubet, illi placuiſſe, legatariis & fideicommiſſariis non modo tacitam concedere hypothecam in bonis defuncti teſtatoris pro ſecuritate legati aut fideicommiſſi: ſed eum in finem etiam actionem hypothecariam adverſus eorum poſſeſſores. Similem prærogativam idem Imperator *l. 1. §. 1. C. de rei uxor. act.* indulſit in ſecuritatem dotis: volens, mulieri eo nomine tacite eſſe obligata mariti bona; & vice verſa, bona uxoris marito. Præter hæc docet Papinianus *l. 1. D. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit.* Senatuſconſulto quod ſub Marco Imperatore factum, inſulæ, id eſt, domus, pignus eſſe datum creditori qui ob reſtitutionem ædificii exſtruendi mutuam dedit pecuniam. amplius voluit D. Marcus, hujuſmodi creditorem, præter jus tacitæ hypothecæ in ea inſula, habere privilegium exigendi ante reliquos creditores *l. 25. D. de reb. cred.* Inſuper obſervat Papinianus, utrumque ad eum pertinere quoque qui redemptori, id eſt, ei qui domum reſtituendam conduxit, nummos mandante domino miniſtravit. alterum intelligitur ex *d. l. 1.* alterum ex *l. 24. D. de reb. auct. judic. poſſid. & l. 52. §. 10. D. Pro ſocio.* Huic tacito pignori cauſam præbuit Veterum diligentia; ne ruinis adſpectus urbis deformetur: ſicut ob eam inventa etiam ſunt jura alia ſingularia ad conſequentiam minime trahenda. *l. 14. & 15. D de legib.* Igitur cum in propoſito jus tacitæ hypothecæ Senatus nominatim det ob pecuniam creditam ad reſtitutionem exuſti aut collapſi ædificii, putemus, eum non dediſſe hoc ob pecuniam creditam ad ædificationem domus novæ quæ ante non fuerit. Nec magis ad navem emendam, armandam, ant reficiendam, aliave ſimilia: qnia de talibus locutus non fuit Senatus: & jus tacitæ hypothecæ non competit cauſis ea hypotheca dignis: ſed quibus ejuſmodi jus aliqua lege datum ſit. id vero eſt facti, eoque Veterum auctoritate tantum, non etiam ratiocinatione demonſtrandum. Sit ita. at Ulpianus in *l. 5. & ſeqq. D. Qui potior. in pign.* Si, inquit, navis ſit pignori obligata, & ad eam armandam vel reficiendam ego credidero, etſi ſim poſterior tempore, tamen quia mea pecunia ſalvam feci totius pignoris cauſam, priore potior ero. ſi vere ille: quomodo negamus, eum qui in pignore potior eſt, habere jus taciti pignoris? Scio, hoc eſſe moleſtum multis. ſed abſit, ut putetur, eo in caſu me qui pecuniam credidi in armandam aut reficiendam navem, ex lege tacitam accepiſſe hypothecam; neque in ea, licet tempore poſterior ſim, jure potiorem eſſe. contra dicamus, ſi navis fuit obligata, & cum ad armandam eam vel reficiendam. credidi pecuniam, ſimul pactus ſum, ut ea mihi pignori ſit: tum etſi poſterior ſim tempore, adhuc jure eſſe potiorem: quia mea pecunia ſalvam feci totius pignoris cauſam. Iſtæc res eſt: facitque huic conjecturæ, quod *d. l. 5. cum ſeqq.* eſt poſita ſub Titulo, *Qui potiores in pignore:* in quo non quæritur, quibus modis pignus conſtituatur: ſed quis ſit conſtituti pignoris effectus. Accedit, quod pecunia ad emendam domum aliis obligatam credita, is qui credidit, etſi tempore ſit poſterior, conſimilem habet juris prærogativam, ſed non alias, quam ſi de pignore ſtatim convenit: ſic enim Juliano cuidam reſcripſerunt Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. d. t.* quid ni igitur de nave idem dicamus? ſed hoc clarum eſt in *Novell 97. c. 3.*

Vidimus, pignus a lege favore cauſæ vel ſine colore conventionis conſtitui. addamus, ea induci quoque beneficio fiſci: qui ſemper habet jus pignoris *l. 46. §. 3. D. de jur. fiſc.* ubi? ex cauſa tributorum *l. 1. C. In quib. cauſ. pign. tacite*, aut contractus ſui *l. 2. C. d. t.* ejusve in cujus locum ſucceſſit *l. 6. D. de jure fiſci.* non item ex cauſa pœnali: ut in *d. §. 3. l. 46.* annotavit Accurſius ex *l. 37. d. t.* Ipſe non dubito, quin ſecundum hoc debeat accipi quod in *l. 10. D. de pactis* Ulpianus dicit, eſſe caſus in quibus fiſcus non habet jus hypothecæ. Illud ſingulare in primipilari debito, quod non modo primipili bona ex ejus contractu fiſco tacite ſunt obligata: ſed etiam dos uxoris, ubi exhauſtis univerſis mariti ac nominatorum facultatibus, unde fiſco ſatisfiat, non reperitur. *l. 4. C. In quib. cauſ. fiſc. tacit.* Durum hoc, non nego: ſed viſum, utilitatem publicam ponere ante privatam *l. 3. C. de primipilo lib. 12 tit. 63.* Erat primipilus (ut notum ex Vegetio *lib. 2. De re milit. c. 8.*) primus in legione centurio. præerat is militari annonæ militibus ſuo tempore diſtribuendæ. ob ejuſque moram defectumve militum fidem ſolvi, erat reipublicæ periculoſum. quare & bona liberorum primipili, etſi patri non ſint heredes, fiſco obligata ſunt *l. 4. C. d. t.* Eſt igitur fiſco, ejus contemplatione, ſine colore conventionis, datum privilegium taciti pignoris. Addo: pupillis quoque & minoribus in bonis tutorum & curatorum pro officio adminiſtrationis *l. 20. C. de admin. tut.* humanitate juſtiſſime pro his vigilante qui ſe tueri nequeunt. Datum autem hoc jus illis non in bonis aliorum quibuſcum illi contraxerint: ſed, ut dictum, in bonis tutorum & curatorum pro ſecuritate adminiſtrationis. idemque placuit in re empta ex pecunia pupillari: nam vel hæc pupillo tacite obligata eſt Conſtitutione Severi & Antonini *l. 3. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Inde, ſi tutor ſervos emerit pecunia pupilli, & manumiſerit, non ſunt liberi, pupillo jure pignoris obligati *l. 6. C.*

De ſerv. pign. dat. manum. ſed hoc, ut eſt ſingulare in pupillo, ad alios non pertinet *l.* 17. *C. de pignorib.*

Reliquum eſt ex hiſtoria inventæ actionis hypothecariæ, ut de ratione ac progreſſu pignoris teſtamentarii, & Prætorii agam. de utroque ſic ſcribit Ulpianus *l.* 26. *D. de pign. act. Non eſt mirum, ſi ex quacumque cauſa Magiſtratus in poſſeſſionem aliquem miſerit, pignus conſtitui: cum teſtamento quoque pignus conſtitui poſſe, Imperator noſter cum patre ſæpiſſime reſcripſit.* Ulpiani ſententia eſt, pignus teſtamento conſtitui: videlicet, quia Lex Duodecim Tabularum jubet, uti paterfamilias legaſſit ſuper pecunia ſua, ita jus eſſe: non abs re illi viſum, ſi teſtator in re ſua legaret pignus, ejus voluntate id tamquam Lege induci: non alio tamen effectu, quam ut legatarius, poſſidens rem a teſtatore obligatam, heredem eam vindicantem, poſſit repellere exceptione doli mali: & ſi non poſſideat, poſſit adverſus eum experiri actione ex teſtamento, ut ſibi pignus vel traditione vel conventione ſecundum voluntatem teſtatoris conſtituatur. Sed quemadmodum hoc in perſonali actione eſt expeditum: ita in reali non eſt. nam quod ad rei vindicationem attinet: ea qui aget legatarius? qui ut poſſit dicere, rem a teſtatore ſibi pignori hypothecæve eſſe obligatam, non idcirco poteſt dicere, ſuam eſſe. non igitur habet vindicationem rei cujus non habet dominium. Jam actionem hypothecariam Prætor ſoli pollicetur illi qui poteſt dicere, ſe de pignore conveniſſe cum eo cujus in bonis erat. id vero non poteſt dicere is cui legatum a teſtatore pignus ſit. non igitur competit ei ex Edicto actio hypothecaria: nec hanc inde poteſt ei dare privatus Magiſtratus, legibus alligatus. Sed quod non licuit Magiſtratui, id licuit Severo & Antonino qui erant legibus ſoluti. illi vero arbitrati ſunt, id quod res eſt, conſtituto per legatum pignore ſive hypotheca Lege Duodecim Tabularum, non eſſe iniquum, ex eo indulgere actionem hypothecariam, quamvis reſiſtente Edicti ſubtilitate, ad hanc producendam deſiderantis ejus cujus in bonis res ſit, conventionem. Huc ire mihi perſuadeo Juſtinianum *l.* 1. *C. Commun. de legat.* ubi cauſatus, cur legatariis & fideicommiſſariis, præter actionem perſonalem, & in rem, inſuper in res mortui utilem Servianam, id eſt, hypothecariam, ſuper his quæ fuerint derelicta, præſtet; ait inter alia, quod *jam hoc jure noſtro increbuit, licere teſtatori hypothecam rerum ſuarum in teſtamento quibus voluerit dare.* Ait, *Jam increbuit*, opinor, moribus, atque ex benignitate Impp. Severi & Antonini quos Ulpianus *d. l.* 26. teſtatur ita reſcripſiſſe, & ſæpiſſime.

Quemadmodum tenuit conſuetudo, ut valeret hypotheca teſtamento legata, ita non videtur Ulpiano *d. l.* 26. *D. de pign. act.* eſſe mirum, pignus conſtitui; ſi ex quacumque cauſa Magiſtratus aliquem miſerit in poſſeſſionem: modo fuerit juſſu Magiſtratus in eam ventum §. 1. *d. l.* nempe, quia finis hujus pignoris conſiſtebat intra poſſeſſionem, id eſt, detentionem cuſtodiæ cauſa *l.* 3. §. *ult. D. de adq. poſſ.* poterat hanc adeptus, ſi a domino conveniretur rei vindicatione, ſe adverſus eam exceptione tueri: & ſi non venit in poſſeſſionem, aut poſtquam venit, eam amiſit, non habebat actionem hypothecariam, ex ſola conventione a Prætore propoſitam. Hoc obtinuit uſque ad Imp. Juſtinianum: qui pro ſua humanitate primus inclinata Edicti ſubtilitate ad recuperationem poſſeſſionis ſive culpa, ſive ſine culpa amiſſæ, exemplo pignoris conventionalis, actionem hypothecariam Prætorio pignori accommodavit *l.* 2. *C. de Prætor. pign.*

Dixi, quantum ſatis, quid juris ſit, re uni obligata. porro dicam, ea pluribus obnoxia, quid obtineat. Refert autem hic; utrum cum illis ſit de pignore eodem conventum tempore, an diverſis. audiamus. ſi res pluribus ſimul obligata ſit: eo caſu eſt vel ſingulis obligata in ſolidum, vel ſingulis pro parte, vel omnibus ſimpliciter. primum, ſi convenit, ut pignus ſingulis in ſolidum teneatur; ſinguli actione Serviana in ſolidum quidem utentur adverſus extraneos: inter ipſos autem ſi moveatur quæſtio, tamquam in pari cauſa, melior erit poſſidentis conditio; data ei exceptione, Si non convenit, ut res mihi quoque pignori eſſet. ſecunda obſervatio eſt, quod ſi actum eſt, ut res pluribus eſſet pignori pro certis partibus obligata: tum ſinguli quaſi Serviana actione & inter ipſos & adverſus extraneos dimidiam partem poſſeſſionis apprehendent *l.* 10. *D. de pignorib.* poſtrema inſpectio erit, quid placeat, ſi pignus pluribus ſimpliciter ſit eodem tempore obligatum? puto autem, tum agent ſinguli tantum pro portione debiti, non ulterius *l.* 16. §. 4. *D. de pign.* Hæc: ſi pignus pluribus ſit eodem tempore obligatum. Quid ſi diverſis temporibus fuerit conſtitutum? jam is prævalet jure, qui prior eſt tempore *l.* 2. *l.* 4. *C. Qui pot. in pign.* Qua cauſa? hac juſtiſſima: quod debitor, re ſua mihi obligata, quidquid juris in eam habuit, in me tranſtulit. ipſe omne amiſit. nullum adverſus me retinuit. porro jus meum mihi auferre ſine facto meo an poteſt ullo colore? non poteſt *l.* 11. *D. de reg. jur.* igitur neque vendentem, neque donantem, neque legantem, neque fideicommiſſum relinquentem, deteriorem facere meam conditionem, eſt certiſſimum *l.* 15. *C. de pignorib.* & qui poterit poſteriore pignore? Sed apparet, in pignore conventionali priorem tempore eſſe jure potiorem *l.* 11. *D. Qui pot. in pign.* Nec diſtingui ſuadeam, qualis creditor ſit, privatus, civitas, aut fiſcus *l.* 2. *D. Qui pot. in pign.* In genere quoque pignoris nihil intereſt. adeo quod de conventionali dixi, id etiam in legitimo & Prætorio ſervatur *l.* 2.

& 4.

& 4. *C. & l.* 10. *D. Qui pot. in pign. l.* 3. *C. Ut in poſſ. leg.* Non magis refert; utrum ſit ſpeciale pignus, an generale. adeo cui obligata prius ſunt omnia bona, is ei cui obligata poſtea eſt una ſpecies, etiam in ipſa illa ſpecie præfertur: quamvis ex bonis cæteris poſſit pecuniam ſuam redigere *l.* 2. *D. & l.* 6. *C. Qui pot. in pign.* Niſi forte quid alicui prius ſpecialiter, & præterea omnia bona generaliter obligata ſint; nam tum voluere Impp. Severus & Antoninus juriſdictionem ſic temperari: ut ſi certum ſit, creditorem poſſe ex his quæ ei nominatim pignori tenentur, univerſum redigere debitum; ea quæ alius poſtea ex eiſdem bonis pignori acceperit, interim illi auferri, Præſes non ſinat. Sed hoc in anteceſſum tradidi ex *l.* 2. *C. de pign.*

Nunc videndum, quid placeat obſervari: ſi obligatis alicui omnibus bonis & præſentibus & futuris, deinde alii ſimiliter obligentur omnia bona & præſentia & futura. Et quidem nemo dubitat; quin prior creditor poſteriori in bonis præſentibus præferatur: quia in his eum prævenit tempore. ſed de futuris poteſt dubitari: eo quod præſentia ei ſunt pure obligata: futura demum ſub conditione, ſi adquirantur: ea porro conditio quia utrique in futuris eodem exiſtit tempore: ideo neuter poteſt in futuris alteri tempore prior dici. contra adſertur, quod eſt proprium conditionis, ubi extitit, retrahi ad tempus conventionis. itaque melius eſſe viſum, priorem creditorem tam in futuris, poſtquam adquiſita ſint, præferri, quam in præſentibus. licet id colligere ex *l.* 11. §. 1. *D. Qui pot. in pign.* ſed malo, rebus demonſtrare ex *l. ult. D. eod. tit.* Species talis: Titius Sejæ ob ſummam ad quam ei ex cauſa tutelæ erat damnatus, obligavit omnia bona præſentia & futura. idem Titius poſtea mutuatus a fiſco pecuniam, ei ſimiliter obligavit omnia bona præſentia & futura. tum intulit Sejæ, id eſt, ſolvit Sejæ, partem debiti. & reliquam ſummam, novatione facta, ei promiſit, repetita in novando conventione de pignore. quo caſu pignus manet in ſuo loco; cum alioquin novatione voluntaria extingueretur *l.* 12. §. 5. *D. d. t.* quæſitum fuit, an Seja fiſco præferatur etiam in his, quæ Titius poſt priorem obligationem adquiſiit? Scævola reſpondit, nihil proponi, cur non ſit præferenda. Apparet igitur, priorem creditorem in generali pignore omnium bonorum poſteriori cui ſimiliter omnia bona ſint obligata, tam in futuris, quam in præſentibus præferri: nec ad rem pertinere quis ſit tempore prior, privatus, an fiſcus. At enim Ulpianus *l.* 28. *D. de jure fiſci* in re poſtea quæſita fiſcum privato præfert: ſic ſcribens: *Si, qui mihi obligaverat quæ habet habiturusque eſſet, cum fiſco contraxerit: ſciendum eſt, in re poſtea quæſita fiſcum potiorem eſſe debere, Papinianum reſpondiſſe: quod & conſtitutum eſt. prævenit enim cauſam pignoris fiſcus.* Sed ſalva res erit: ſi putemus, ab Ulpiano tractari caſum in quo is, qui mihi obligavit quæ habet habiturusque eſſet, cum fiſco ante contraxerit. fateor: ambiguum eſt verbum, *contraxerit*, tam futurum, quam præteritum, tempus deſignans. ſed ſi in futuro hic accipiatur; pugna eſt manifeſta Scævolæ & Ulpiani: ſi in præterito; nulla eſt. Igitur, ut evitetur pugna, rationis eſt, verbum illud, *contraxerit*, potius in præterito; quam in futuro exaudire. accedit, quod ſic fit optimus & ſimpliciſſimus Ulpiani ſenſus: Si quis poſtquam cum fiſco contraxit, deinde mecum contrahens, mihi obligavit quæ habet, habiturusque eſſet: ſciendum eſt, in re poſtea quæſita fiſcum potiorem eſſe debere. quæſo, quam ob rem? hanc juſtam: *Prævenit enim pignoris cauſam fiſcus.* Sic præfatur Ulpianus: & ſignificat, quod fiſcus eſt jure potior; quia eſt tempore prior. poſtremo ait Ulpianus, *ita conſtitutum eſſe.* a quo? ab Antonino Caracalla in *l.* 2. *C. de privilegio fiſci*; cujus hæc ſunt verba: *Quamvis ex cauſa dotis vir quondam tuus tibi ſit condemnatus: tamen ſi priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fiſco contraxit: jus fiſci cauſam tuam prævenit. quod ſi poſt bonorum [ejus] obligationem rationibus meis cœpit eſſe obligatus: in ejus bona ceſſat privilegium fiſci.* Tenor hujus Reſcripti evincit procul dubio, ad hoc intendiſſe Ulpianum: ſed in primis facit illud, *jus fiſci cauſam tuam prævenit.* quæ ſunt Ulpiani verba ex hoc Reſcripto petita.

Huc uſque priori creditori profui diligentia explicationis. deinceps poſteriori conſulam. nam cum priorem poſteriori præfero; non intendo, ob id nullum eſſe jus ſequentis. tantum nolo, ſecundo adverſus primum, & qui ab eo emit, ſuum jus exercere: de cætero eum adverſus omnes alios integro ſui jure uti, non recuſo *l.* 12. *pr. &* §. 7. *D. Qui pot. in pign.* plus addo, licere ei, ſi vollet, priorem creditorem ſua pecunia dimittere: eoque jus ſuum confirmare, & in illius locum ipſo jure ſuccedere: quamvis de eo nihil convenerit. Huc me ducit ſequens Severi & Antonini Reſcriptum ad Secundum *l.* 1. *C. d. t. Qui pignus ſecundo loco accepit, ita jus ſuum confirmare poteſt, ſi priori creditori debitam pecuniam ſolverit; aut cum obtuliſſet, isque accipere noluiſſet, eam obſignavit, & depoſuit, nec in uſus ſuos convertit.* Sic illi: eoſque ſequutus Alexander *l.* 5. *C. eod. tit.* Marcianus quoque *d. l.* 12. §. 6. hoc in tantum probat: ut præ ſe ferat, ſoluta a poſteriore creditore pecunia priori debita, rem priori, etiam invito debitore, teneri tam in ſuum, quam in primi creditoris debitum, & in uſuras ſuas, & quas priori ſolvit. ſaltem excipit uſuras uſurarum priori ſolutarum: has enim negat eum conſequi: præfatus, magis ſuum; quam alterius; negotium geſſiſſe: æquiſſima ratione quam *lib.* 2. *De fænor. & uſur. c.* 11. dedi, & ele-

gante

gante ornavi fabula Æſopia quæ eſt apud Phædrum *lib.* 1. *fab.* 3. Sed redeo ad *d. l.* 1. ex qua modo attuli Reſcriptum Severi & Antonini. nec mihi tempero, ne annotem, ipſos hos Imperatores in *l.* 1. *C. de his qui in prior. credit. loc.* cum meminerunt Conſtitutionis, hoc Reſcriptum eo nomine indigitare. fuerit utile id obſervari: quia ſic intelligitur, eos nolle ſuperius Reſcriptum indiſtincte exaudiri de omni illo cujus pecunia dimiſſus ſit prior creditor. quin velle, id reſtringi intra ſecundum creditorem pigneratitium: priore ejus pecunia dimiſſo. Et vere: nam nominatim loquitur de eo qui pignus ſecundo loco accepit. proinde volunt hunc ſolum, ſi priorem creditorem ſua pecunia dimiſerit, in ejus locum ipſo jure ſine ſpeciali pacto ſuccedere: ſed hoc in aliis non ſervari; niſi ſpecialiter pacti ſint: ut idem pignus eis obligetur, & ipſi in locum ejus ſuccedant. quod ſi neglexerint: habebunt quidem perſonalem actionem vel ex mutuo, vel negotiorum geſtorum, adverſus debitorem. verum actionem hypothecariam in res ejus non habebunt. Nec tamen eis (ut ex *l.* 10. §. 1. *&* *l.* 16. *D. de his quæ in fraud. cred.* conſtat) denegabitur actio Pauliana. præterea ſuccedunt in privilegium quod inter perſonales creditores habuerit qui eorum pecunia ſit dimiſſus *l.* 24. §. 3. *D. de reb. auct. Judic. poſſid. l.* 2. *D. de ceſſion. bon.* tantum in ejus hypothecam non ſuccedunt. eoque ſenſu fas eſt intelligi quod in *d. l.* 1. *C. de his qui in prior. credit. loc.* Severus & Antoninus ſic ſcribunt: *Non omnino ſuccedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem tranſit.*

Ut ex una quæſtione naſci ſolet alia quæſtio: ita proxime demonſtrato, creditorem tempore priorem, poſteriore in pignore haberi potiorem: merito roges; quiſnam ut jure potior ſit, tempore prior eſſe intelligatur. Non utar longa deliberatione: nam cum ſit in anterioribus probatum, a Prætore, ut pignus ſit, duo deſiderari: primum, ut aliquid ſit debitum: deinde, ut pro eo ſit aliquid obligatum ab eo cujus in bonis erat: in promptu reſponſio eſt, tempore priorem cenſeri, non qui pecuniam prior credidit, aut hypothecam prior accepit: ſed qui utrumque prius fecit. Hoc ultro certum. ſed quid vetat, firmamentum peti a Gajo *l.* 11. *D. Qui potior. in pign.* cum præſertim addat, ita eſſe, quamvis debitor ante cum alio convenerat; ut ſi ab eo pecuniam acceperit, ſit res obligata; licet ab hoc poſtea accepit: & cauſatur, poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Simili ratione ſic e diverſo ſcribit Marcianus *l.* 12. §. 2. *D. d. t.* Si primus qui ſine hypotheca credidit, poſt ſecundum qui utrumque fecit, ipſe hypothecam accepit, ſine dubio poſterior in hypotheca eſt. Eadem ratione ibidem ſubjicit in §. 3. Si idem bis, id eſt, ante ſecundum & poſt eum crediderit, in priore pecunia potior eſt ſecundo, in poſteriore tertius eſt. Sunt hæc evidentia: ſi & pure ſit debitum, & de hypotheca pure conventum. Sed cum æque poſſit in diem & ſub conditione deberi; ſimiliterque poſſit hypotheca in diem & ſub conditione obligari, non inutile erit, vel de utroque diſpici. Sed huc deventum eſt: ut putetur intereſſe, debito aut pignore ſub conditione conſtituto, poſſitne conditio, invito debitore impleri; an ab eo pendeat, utrum impleri eam velit, an non. priore caſu placet, conditionem quidem actum ab initio ſuſpendere, ſed impletam deinde retrahi ad tempus conventionis; eoque fieri, ut ſit perinde, ac ſi obligatio pure contracta eſſet *l.* 11. §. 1. *D. Qui potior. in pign.* hoc igitur caſu qui ſub conditione credidit, aut hypothecam accepit, exiſtente conditione, prior eſt eo qui poſtea pure credidit, aut pure hypothecam accepit *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* Poſteriore caſu placuit, conditionem quantumvis exiſtentem, non retrahi ad tempus initæ conventionis: neque jam perinde accipi rem, quaſi aut debitum aut pignus initio eſſet pure contractum; atque adeo qui deinde pure credidit, & pure accepit hypothecam, quamquam tempore poſterius crediderit, pignuſve acceperit, adhuc haberi jure potiorem: eo quod pendente ab arbitrio debitoris, utrum aut debitum aut hypotheca eſſet, res fuit voluntatis, neceſſitatis non fuit: cum obligationis ſit, invitos tenere *l.* 5. *C. de oblig. & act. pr. Inſt. de obligat.* Simile eſt; ſi ſit debitum in diem, aut de hypotheca in diem conventum. nam & tum diſtinguitur, utrum pignus debitoris arbitrio poſſit ſolvi, an non poſſit *l.* 9. *D. eod.*

Summa igitur dictorum eſt, priorem tempore in omni pignore eſſe jure potiorem. Silere tamen non debeo, quod Ulpianus in *l.* 5. *D. Qui potior. in pign.* eam ſine temperamento eſſe, non ſinit: opportune monens, poſteriorem creditorem interdum priore potiorem eſſe: idque ubi evenit, legum privilegio deberi, idoneus auctor eſt Juſtinianus *Novell.* 97. *c.* 3. Ita ſunt creditores qui tantum habent hypothecam; in iiſque ſervatur, quam poſui regula: alii præter hypothecam, etiam habent privilegium; in iiſque a regula, propter hoc, receditur. exemplum Ulpiano in *d. l.* 5. ſi in conſervandam rem oppignoratam impenſum eſt quod ſequens credidit: veluti ſi navis fuit obligata, & ad armandam eam, vel reficiendam ego deinde credidero. qua ratione? hac optima in *l.* 6. *pr.* §. 1. 2. *&* *l.* 7. mox ſubjecta; quod mea pecunia ſalvam feci totius pignoris cauſam. additur, quod quis poterit hoc admittere etiam, ſi in cibaria nautarum fuerit creditum: pari ratione; quod ſine his navis ſalva pervenire non poterat. Item, ſi quis in merces ſibi obligatas crediderit, vel ut ſalvæ fiant, vel ut naulum exſolvatur. nam & ſic erit hu-

jus

jus hypotheca potentior, licet poſterior ſit; atque hic pro ratione addit, quod & ipſum naulum potentius eſt. Tantundem dicetur, inquit, & ſi merces horreorum vel areæ vel vecturæ jumentorum debetur. nam & hæc potentior erit. Idemque eſt, ſi res ex nummis pupilli fuerit comparata. Adhuc ſubjiciam, eſſe mulieribus dotem repetentibus a Juſtiniano datum in *l.* 12. *C. Qui potior. in pign.* privilegium, ut præferantur aliis creditoribus, non perſonalibus tantum, ſed etiam anteriorem hypothecam habentibus, propter rationes ibidem ab eo enumeratas. una exceptio in novercis: adverſus quas ille Imperator liberis prioris matrimonii idem privilegium dat pro dote matris.

Explicitis pleriſque uſum actionis hypothecariæ ſecundum Edicti formam exhibituris: erit jam tempus, cogitare de cauſis quibus illa actio a Prætore denegetur. Principio puto, hypothecam, ſicut nudo pacto facta Edicti æquitate confirmatur, ita contrario nudo pacto ſimili æquitate ipſo jure tolli. maxime ſi pactum ſit, Ne pignus ſit, vel Ne pignus petatur. quid, ſi pactum ſit, Ne debitum petatur, aut ſimiliter? hic variatum fuit a Veteribus: aliis hypothecam ipſo jure, aliis per exceptionem, tolli malentibus. ut tamen alibi aliquando, ita hic placuit tandem, utramque ſententiam recipere. Ad hunc articulum complura repperi Veterum loca intricatiſſima: nec recuſarem in præſenti expeditionem, niſi omnibus tuliſſem opem *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 13. *& ante lib.* 2. *Probabil. c.* 8. *item lib.* 4. *c.* 10. *&* 11. Sit igitur modus primus tollendæ hypothecæ ejus remiſſio cum directa, tum obliqua, a creditore facta.

Alter contingit, finito jure ejus a quo conſtituta ſit hypotheca. fac: aliquis rem in bonis habet non in ſolidum: ſed ad certum dumtaxat finem. is poteſt eam obligare intra finem conſiſtens; ultra non poteſt: quia ultra non eſt in ejus bonis. Exemplum in emphyteuſi elegans in *l.* 31. *D. de pignoribus* proponit Scævola: & eſt tale. Titius a domino habens fundum vectigalem, ſive emphyteuticarium, eum Sempronio obligavit pro debito. quid eſt pignori? non fundus: ſed emphyteuſis. nam fundus eſt domini, non Titii. valet igitur pignus emphyteuſeos: quamdiu eſt in Titii bonis: quia Titius hactenus in ea habet jus obligationis: ultra non habet. eſt porro emphyteuſis Titii, quamdiu domino vel ab ipſo Titio, vel ejus nomine a creditore, ſecundum legem ſolvitur vectigal: id eſt, annuus canon. igitur tamdiu etiam durat pignus ab eo conſtitutum: verum ſi in ea exſolutione ſit ceſſatum ab utroque; licet domino jure ſuo uti, id eſt, dominium ſuum vindicare a fundi poſſeſſore, ſive is ſit Titius, quia jure ſuo excidit, ſive ſit creditor, quia finito jure conſtituentis pignus, etiam pignoris jus evanuit.

Tertia cauſa inhibendæ actionis hypothecariæ eſt, ſi ſoluta creditori erit pecunia debita, aut ei pro illa erit ſatisfactum. Hanc cauſam in Edicto expreſſi ſupra: & recte. cum enim pignoris obligatio fiat in ſecuritatem debiti; juſta eſt ejus vindicatio, quamdiu neceſſaria creditori pro debito eſt ſecuritas. at hæc creditori, facta debiti ſolutione, aut ſatisfactione pro eo fit ſupervacua. erit igitur ei ſic quoque ſupervacua ejus vindicatio. nec male Prætor eam ſe tum creditori non daturum profitetur. imo recte inter debitorem & creditorem pollicetur actionem pigneratitiam directam & contrariam: & quidem proprio Edicto de quo egi *tit. ult. lib.* XIII. addam, quod ibi etiam quæ de ſolutione & ſatisfactione hic adferri potuere, latius executus ſui.

Poſtremo inhibetur a Prætore actio hypothecaria; ſi per creditorem ſtet, quo minus ei debitum ſolvatur, aut pro eo ſatisfiat. hunc articulum in Edicti forma attigi ex *l.* 19. *C. de uſuris*, & pluribus ſum interpretatus *d. tit. ult. lib.* XIII. *p.* 223. *col.* 1.

LIBER VIGESIMUSPRIMUS.

TITULUS I.

De Ædilitio Edicto, & redhibitione & quanti minoris.

NON longe petam rationem connectendi cum ſuperioribus Tituli, De Ædilitio edicto, & redhibitione, & quanti minoris. eſt ea adducta a Juſtiniano *l. omnem* §. 4. *De concept. Digeſt.* nec aliam deſideres. Quod vero attinet ad nomen Ædilitii Edicti & redhibitione & quanti minoris: intelligitur ex §. 7. *Inſt. De jur. natur.* Ædiles curules propoſuiſſe Edictum de quibuſdam cauſis, ſine dubio ad eorum juriſdictionem pertinentibus. habebant autem curam multiplicem: inter cætera rerum in foro venalium, & viarum publicarum. De his igitur propoſitum ab eis eſt Edictum: cujus ſub hoc Titulo tria ſunt capita. primum quod eſt de mancipiis morboſis aut vitioſis, extat in *l.* 1. §. 1. *h. t.* ſed non integrum: deſunt enim multa, forte ad hunc modum ſupplenda.

Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique ſit, quis fugitivus errove ſit, noxave ſolutus non ſit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Quod ſi mancipium adverſus ea veniſſet, ſive adverſus quod dictum promiſſumve fuerit, cum veniret, fuiſſet: quod ejus præſtari oportere dicetur, emptori omnibuſque ad quos ea res pertinet, in eum qui vendidit, cujuſve maxime pars in ea venditione fuit, in ſex menſibus quibus experiundi poteſtas erit, *judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem poſt venditionem traditionemque deterius emptoris opera, familiæ, procuratoriſve ejus factum erit: ſive quid ex eo poſt venditionem natum, adquiſitum fuerit: & ſi quid aliud in venditione ei acceſſerit, ſive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia reſtituat.* Quod ſi præſtita ea ſint, & quanta pecunia pro eo homine ſoluta, acceſſioniſve nomine data erit, arbitrio Judicis non reddetur, cujuſve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tantæ pecuniæ, cæterarumque rerum venditor ei in duplum ut condemnetur. Item ſi quas acceſſiones ipſe præſtiterit, ut recipiat. *Item, ſi quod mancipium capitalem fraudem admiſerit, mortis conſciſcendæ ſibi cauſa quid fecerit, inve harenam depugnandi cauſa ad beſtias intromiſſus fuerit, ea omnia in venditione pronuncianto.* Item nationem cujuſque pronuncianto. Item præcipimus, ne veterator pro novitio veniat. *Ex his enim cauſis judicium dabimus.* Item in hiſce cauſis mancipium non eſſe, & habere licere emptori, ſi poſtulabit, in duplum cavento. Si contra factum erit, intra duos menſes, ut redhibeatur, vel quanti emptoris interſit, intra ſex menſes, judicium dabimus. Item ſi quid ita veniret, ut niſi placuerit, redhibeatur, intra ſexaginta dies, non ultra, niſi cauſa cognita judicium dabimus. Item omnium rerum nomine quæ ſupra ſcriptæ ſunt, quanto minoris, cum venirent fuerint, intra annum judicium dabimus. *Hoc amplius, ſi quis adverſus ea ſciens dolo malo vendidiſſe dicetur, judicium dabimus.* De mancipio quod ei rei acceſſit quæ minoris eſſet, judicium non dabimus.

Cauſa proponendi hujus Edicti fuit hæc optima: quod in emptione venditione ad juvandam hominum indigentiam permutatione mercis & pecuniæ jure gentium inventa, inter emptorem & venditorem ſervanda circa virtutes & vitia rei venditæ erat æqualitas intellectus: ſine qua vera quæri æſtimatio non poteſt. Vidit hoc Cicero *lib.* 3. *De offic.* nam agens hac de re, *Eſſe*, inquit, *ſecundum naturam, neminem id agere, ut ex alterius prædetur inſcitia.* Et Ciceroni convenienter Valerius Maximus *lib.* 8. *c.* 2. §. 1. Verba ejus: *Bonæ frugi venditorem, nec commodorum ſpem augere, nec incommodorum cognitionem obſcurare oportere.* Pleniſſime autem Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* *Cauſa*, inquit, *Edicti proponendi eſt, ut occurratur fallaciis vendentium, & emptoribus ſuccurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo ſciamus, venditorem, etiamſi ignoravit ea quæ Ædiles præſtari jubent, tamen teneri debere. Nec eſt hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor: neque enim intereſt emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an fallacia.* Satis de Edicti commendatione. tranſeo ad explicationem.

Ajunt Ædiles, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique ſit, quis fugitivus errove ſit, noxave ſolutus non ſit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto.* Hæc Edicti pars apud A. Gellium *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 2. cura V. Cl. Jacobi Gronovii editur ſequente forma: *Titulus. ſcriptorum. ſingulorum. utei. ſcriptus. ſit. cœrato. ita. utei. intelligi. recte. poſſit. quid. morbi. vitii. ve. quoi. q. ſit.* Licebit vero, non reſiſtentibus Doctiſſimis Viris, Durantio Caſellio *lib.* 1. *Var. c.* 10. & Gulielmo Ranchino *lib.* 1. *Var. lect. c.* 4. ita integrare Edictum: *Qui mancipia vendunt, titulus ſcriptorum ſingulorum uti ſcriptus ſit, cœranto, ita uti intelligi recte poſſit, quid vitii morbive cuique ſit.* Nec ſilebo, quod eſt præterea ab illis annotatum, Titulum quem vocant

cant Ædiles, ſolitum de ſervi, qui vendendus offerebatur, collo ſuſpendi; ejus virtutes & vitia emptori ſignificaturum: moriſque hujus meminiſſe Propertium *lib.* 4. *Eleg* 5. Senecam *Epiſt.* 47. Suetonium *De Claris Grammaticis c.* 4. Tenes veteris Edicti formam: ſed poſtea mutatam (a quo incertum) in hunc quem tantum quod adſcripſi modum.

Illud primum fuit obſervandum. alterum eſt, quod Ædiles hoc capite ſunt locuti de mancipiis, ſequente de jumentis: alias res in medio reliquerunt. cæterum Juriſconſulti, arrepta occaſione articuli Edicto expreſſi, ejus æquitatem ad omnes alias porrexerunt, quaſi ex mente Ædilium. Ejus extenſionis lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium meminit Ulpianus *l.* 63. *h. t.* nec eſt improbabile, præeunte Inſcriptione *l.* 13. *D. de legibus*, quæ ſimiliter eſt ex ejus lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium, pro firmanda hac Edicti interpretatione aptari voluiſſe ſequentia verba: *Nam, ut ait Pedius, quotiens Lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe juriſdictione ſuppleri.* Ita prorſus eſt; Ædiles tantum edixerunt de mancipiis & jumentis: ſed interpretatione Juriſconſultorum extenſa eſt eorum ſententia, & quidem (quod obſervo ex *l.* 1. *h. t.* quæ etiam eſt ex Ulpiani lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium) primum ad res mobiles, ac ſeſe moventes, verbi gratia, reliqua pecora *l.* 38. §. 5. *h. t.* mox etiam ad res ſoli, id eſt, immobiles. Verba Ulpiani *l.* 1. hæc ſunt: *Labeo ſcribit, Edictum Ædilium de venditionibus rerum eſſe tam earum quæ ſoli ſint, quam* [*earum*] *quæ mobiles aut ſe moventes.* Ulpianus quæſito, an Edicto Ædilium, præter mancipia & jumenta, ad quæ ſola ſpectant verba, etiam aliæ res contineantur? ait, etiam alias contineri. utrum mobiles tantum, & ſe moventes, an etiam ſoli, id eſt, immobiles? ſed putat, ſic obtinuiſſe quaſi generalis ſit Edicti ſententia de omnibus rebus, tam his quæ ſoli ſint, quam quæ ſint mobiles, aut ſe moventes. & eſt notandum; quod ait, ita Labeonem ſcribere. nam eo evidens præbet argumentum, ſe quod de rebus cæteris dixit, non imputare Edicti verbis, ſed ſententiæ uſu receptæ. verbis ſane extantibus, quid opus erat auctoritate Labeonis: cum præſtaret, ipſa allegari Edicti verba. Rem dixi. nec alio pertinet, quod in *l.* 49. *d. t.* idem confitetur Ulpianus, nequaquam eſſe incertum, redhibitionem etiam procedere in fundo vendito. nam ſi generalis fuiſſet Edicti ſermo, aut in eo facta nominatim eſſet fundi mentio: an neceſſaria foret hæc admonitio, redhibitionem etiam in fundo procedere, & id nequaquam eſſe incertum?

Verum pergo ad reliqua. ajunt Ædiles, *Qui mancipia vendunt.* Mancipia vendere eſt, ea mutare pretio, ſive numerata pecunia. qui vero ea dat alia re contra data, proprie non vendere, ſed permutare, dicitur: ut demonſtratum *lib.* 18. *tit.* 1. *De contrah. empt.* Veteres tamen venditionem in propoſito etiam ad permutationem transferre, obſervat Ariſto, apud Paulum *l. ult. D. de rer. permut.* & patitur in *l.* 19. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus motus ſimilitudine rationis.

De locationibus nihil edicitur; ac videbatur (ut Ulpianus refert *l.* 63. *h. t.*) mirum. ratio tamen, ſi eum audimus, fuit duplex: una, quod numquam iſtorum, id eſt, Ædilium, de hac re fuerat juriſdictio: altera, quod non ſimiliter locationes, ut venditiones fiunt. poſterior ratio obſcura eſt: ſed huc fert ejus ſcopus: quod conductor mancipii vitioſi aut morboſi non eget Ædilitio Edicto, ubi poteſt eo uti ad opus ad quod conduxit: ſic enim ſatisfactum eſt locationi & conductioni, tantum ad uſum & fructum comparatæ. quod ſi non poteſt eo uti & frui: jure civili habet actionem ex conducto ad id quod intereſt. ad hanc rationem accedit alia: quod dominus mancipii morboſi aut vitioſi id nulli facile locabit ſpe mercedis; eo deteriorato uſu temporis exigui (hoc enim modo fit locatio) majus facturus damnum, quam lucrum. In venditione aliter ſe res habet: nam perpetua eſt ejus cauſa, ſpectans ad alienationem: in qua niſi aliud placuit, venditori ſufficit jure civili, tradere vacuam poſſeſſionem; nec ultra tenetur. quid, ſi addam, unumquemque mancipium morboſum aut vitioſum a ſe lubenter dimittere in perpetuum: idque ut obtineat, etiam morbos & vitia diſſimulare? deficiente igitur in venditione providentia juris civilis: opus erat Edicto Ædilitio: quo non erat opus in locatione; ubi jure civili ſuppetebat ordinaria ex conducto actio; nec metuendum erat periculum quod a venditione timebatur. Aperui iter rectum ad intellectum *d. l.* 63. contrarium tenuit D. Cujacius *lib.* 12. *Obſerv. c.* 38.

Sequens deliberatio erit de intellectu *l.* 62. *D. h. t.* quæ eſt ex lib. 8. Differentiarum Modeſtini, atque inde acceptura lucem. principio ait Modeſtinus: *Ad res donatas Edictum Ædilium Curulium non pertinere dicendum eſt.* & rationem hanc ſubjicit, *Etenim quid ſe reſtituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat?* Modeſtinus (ut Inſcriptio indicat) facta differentia inter venditionem qua de loquitur Edictum Ædilium, & donationem de qua non loquitur, negat, venditionem in Edicti interpretatione ad donationem extendi: eo quod Edictum jubet, re vendita ab emptore redhibita ob morbum aut vitium, emptori contra reſtitui pretium, & quæ pretium ſequuntur; eoque nomine interim caveri *l.* 28. *l.* 29. §. 1. *l.* 30. *D. h. t.* At hæc ratio inquit Modeſtinus ceſſat in donatione: & præfatur, quando rem donatam gratis dedit donator, meram exercens libe-

 rali-

ralitatem, nihil eſſe, quod is ſe donatario redhibita re donata reſtituturum repromittat. Non eſt igitur in donatione cauſa Æditii Edicti quæ eſt in emptione & venditione: quando in altera eſt quod redhibeatur, in altera non eſt. At enim poteſt æque in donatione atque in venditione eſſe cauſa Ædilitii Edicti: ſiquidem venditor emptori non modo cavet, ſe ei reſtituturum pretium redhibiti ſervi, ſed etiam id quo emptor ſervum interim fecerit meliorem, impenſis pro ejus diſciplina aut aliter factis *d. l.* 29. §. 3. eademque fuerit æquitas facta donatione, ſi pro donato ſervo aliquid ſimiliter impenderit donatarius. Hic ſcrupulus continetur his Modeſtini verbis: *Quid ergo, ſi res ab eo cui donata eſt, melior facta ſit? numquid quanti ejus qui meliorem fecit, intereſt, donator conveniatur?* Sed in promptu eſt hæc Modeſtini reſponſio, *Quod minime dicendum eſt: ne eo caſu liberalitatis ſuæ donator pœnam patiatur.* Senſus Modeſtini, animadvertentis, hæc eſſe diſſimilia, huc redit: quod non oportet donatarium, niſi velit ingratus videri, ſequius interpretari benignitatem donatoris de eo bene mereri cupientis, etſi res alium habuerit eventum. *Itaque* (ſic pergit Modeſtinus) *ſi qua res donetur, neceſſe non erit, ea repromittere quæ in rebus venalibus Ædiles repromitti jubent.* Hoc: ſi bona fide ſit donatus ſervus, quem donator ſuum eſſe putavit. ſed quid, ſi alienus ſervus a ſciente donetur dolo malo, iſque a domino evincatur, poſtquam impenſas in eum fecit donatarius? non videtur donator liberalitatem exercuiſſe erga donatarium: magis dicetur, eum decepiſſe ſpecie amicitiæ. proinde eum de dolo teneri ad id quod intereſt donatarii, ſe deceptum non eſſe, commode cenſet Ulpianus ex ſententia Labeonis *l.* 18. §. *ult. D. de donat.*. Mitto hos. ipſe ſic Modeſtinus *d. l.* 62. *h. t. Sane*, inquit, *de dolo donator obligare ſe & debet & ſolet: ne quod benigne contulerit, fraudis conſilio revocet.* Vere: ſed ſenſum abſcondit loquendi forma: *Ne fraudis conſilio revocet?* Me interprete, accipienda ea locutio erit perinde, ac ſi dicatur, Ne fraudis conſilio ſit in cauſa, ut revocetur. quod miror non eſſe obſervatum a Viris Doctis. ipſe notavi quid ſimile ſupra ſub Titulo *De recept. & qui arbitr. recep. ad fin.* in expoſitione *l.* 39. *ibid.*

Sed apparet, Edictum (nam eo redeo) tantum loqui de venditionibus. an tamen omnibus? Edictum infinite loquitur: ſed Ulpianus *l.* 1. §. 3. *ſciendum eſſe*, inquit, *Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiſcales.* Exceptionis firmamentum non addit Ulpianus: ſed, credo, movit auctoritas haſtæ fiſcalis: quam non convelli, publice utile eſt. Sit igitur hoc jus ſingulare. ideoque ſi reſpublica municipii faciat venditionem, contra ait §. 4. locum habiturum Edictum: ſine dubio quia Reſpublica ſolet uti jure privatorum, & in Edicto non excipitur. idem inquit Ulpianus §. 5. obſervari in pupillaribus venditionibus: nam in his quoque eſſe Edicto locum. Quid ſi ſimplariæ ſint venditiones? Pomponius *l.* 48. §. 1. *h. t.* ſic ſcribit: *Simplariarum venditionum cauſa ne ſit redhibitio, in uſu eſt.* Simplarias autem venditiones Budæus dici putat, quod pro his non cogitur venditor in cauſa evictionis duplam repromittere. Sed Budæum refutat Coraſius *lib.* 2. *Miſcell. c.* 24. arbitratus, ut ait, fide vetuſtiorum Codicum, in *d. l.* 48. §. 1. pro *ſimplariarum* eſſe legendum *ſimpulariarum*; & addit, res minutas a Veteribus *ſimpularias* appellari. proinde a Pomponio dici, ne ſimpulariarum venditionum, ſive minutarum rerum venditarum redhibitio ſit, in uſu eſſe: ut ſolet dici, Prætorem non curare res minimas, ob eas per in integrum reſtitutionem petita reſciſſione juris civilis *l.* 4. *D. de in integr. reſtit.*

Sequuntur cauſæ ex quibus Ædiles agi velint. enumerantur autem in Edicto multæ. ſed in ſumma ſunt quatuor. prima eſt, ſi quid ſit morbi vitiive a venditore cum mancipium venit, non palam recte pronunciatum. ſecunda eſt, ſi in re vendita ſit a venditore dictum promiſſumve quod deinde non præſtetur. tertia eſt, ſi quid ita venierit, ut niſi placuerit, redhibeatur. quarta eſt, ſi venditor emptori, poſtulanti non caverit de his quæ Edicto comprehenſa ſunt. Prima cauſa continetur his Edicti verbis. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique ſit, quis fugitivus, errove ſit, noxave ſolutus non ſit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto.* Injecta vitii morbique mentio jam apud Veteres recepit dubitationem: aliis aliter definientibus. omnes ſententias, nec lubet, nec vacat enumerare. Ulpiano *l.* 1. §. 7. *h. t.* una contento ſententia Sabini: morbum definientis, habitum cujuſque corporis contra naturam qui uſum ejus ad id facit deteriorem cujus cauſa natura nobis ejus corporis ſanitatem dedit. id autem alias in toto corpore, alias in parte, accidere. namque totius corporis morbum eſſe puta, φθίσιν, id eſt, tabem, febrem; partis, veluti cæcitatem, licet homo itaque natus ſit. addit Sabinus, vitium a morbo multum differre; ut puta, ſi quis balbus ſit: nam hunc vitioſum magis eſſe, quam morboſum. Sic ille. Aliter Ulpianus: Verba Ulpiani: *Ego puto, Ædiles tollendæ dubitationis gratia* ἐκ τοῦ αὐτοῦ, *id eſt, de eodem idem dixiſſe, ne qua dubitatio ſupereſſet.* Idem bis ab Ulpiano dici, & ei aliiſque ſæpius hoc accidere, annotavi olim *lib.* 3. *Probabil. c.* 10. Nunc ſenſum accipe. is ſenſus eſt: Si mancipio, cum venit, aliquod adhæret malum, ejus uſum aut miniſterium in totum aut ex parte moraturum, id ſive morbus dicatur, ſive vitium, ab emptore oportere intelligi ex ſententia Ædilium, neglecta verborum ſubtilitate: cum

empto-

emptoris nihil intereſit, quo nomine deſignetur, ejus uſui aut miniſterio nociturum: mancipiis tantum uſus ac miniſterii cauſa emi ſolitis.

Nondum abſolvit interpretatio. nam animadverſo, duplices eſſe morbos: alios corporis, alios animi: adhuc quæſitum fuit, utrius generis morbi ac vitia deſignentur: non facta ab Ædilibus differentia? variaſſe Veteres, mea fert opinio: ſed Ulpiani tempore conſenſu iviſſe ad morbos & vitia corporis: idque *l.* 4. §. 3. ab eo ſignificari hac loquendi forma, *Et videmur hoc jure uti:* quam loquendi formam *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. & 3. oſtendi hoc velle, poſt multas variationes ita tandem obtinuiſſe. Eo igitur ſenſu, *Videmur,* inſit Ulpianus, *hoc jure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere, niſi ad corpora, animi autem vitium ita demum præſtabit venditor, ſi promiſit; ſi minus, non.* Qua cauſa? Ulpianus dat veriſſimam: quod de vitiis animi, quale vitium eſt erronis, ac fugitivi, ſeparatim edixerunt Ædiles; de his non edicturi ſeparatim, ſi morbi ac vitii appellatione tam animi, quam corporis vitia comprehendiſſent. nec diſſimulavit Ulpianus, quoſdam, hoc argumento dixiſſe jumenta pavida & calcitroſa morboſis non eſſe annumeranda: eſſe enim hoc animi, non corporis vitium. Talia animi vitia infinita ſunt: ſed intellectus cauſa adferam pauca. Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. eſſe tale ait, aleatoris, vinarii, guloſi, impoſtoris, mendacis, & in *l.* 1. §. 9. levis, ſuperſtitioſi, contumacis: Venulejo *l. ult.* qui ludos adſidue velit ſpectare, aut tabulas pictas ſtudioſe intueatur. Eodem in numero Ulpiano *d. l.* 1. §. 9. eſt qui inter fanaticos caput jactet, & aliqua ſit profatus. in §. 10. dicitur, ſi circa ſana bacchatus ſit, & quaſi demens reſponſa daret. puto, deſcriptio eſt vatis: ſoliti, cum eſt Deo plenus, tamquam per furorem, ejus reſponſa dare. Exemplum apud Florum *lib.* 3. *cap.* 19. alia habet Budæus *Annot. in Pandect. pag.* 334. Hæc & ſimilia animi vitia Ulpianus *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* ait, a venditore ita præſtari demum, ſi promiſit; ſi minus, non. Excipit, niſi vitium corporis uſque ad animum penetrat: forte ſi propter febrem loquatur aliena, vel per vicos more inſanorum deridenda loquatur. in quo quod animi vitium ſit, ex corporis vitio accidit, ideoque redhiberi poſſe *d. l.* 4. §. 1. Plane prætermittere in §. 4. *d. l.* 4. item *d. l.* 1. §. 9. *h. t.* noluit Ulpianus, ob quæ vitia, quia animi ſunt, non eſt redhibitio, eſſe adhuc ex empto actionem ad id quod intereſt, ſi id venditor ſciens reticuit: quia non videtur id convenire bonæ fidei, etſi ab Ædilibus non comprehenſum.

Porro ajunt Ædiles, *quis fugitivus, errove ſit, noxave ſolutus non ſit.* De his, quia animi vitia putabantur, nominatim edixiſſe Ædiles, monuit Ulpianus *l.* 4. §. 3. *h. t.* Fugitivus autem quis ſit, & unde æſtimetur, idem late tractat Ulpianus *l.* 17. *pr.* §. 1. & *ſeqq. d. t.* De eo vero ſic ſcribit Papinianus *l.* 54. *d. t.* *Actioni redhibitoriæ non eſt locus, ſi mancipium bonis conditionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat.* Papinianus negat, conſilium fugæ quod incluſum animo, ſe ante non oſtenderat, ubi poſt emptionem perfectam incidit, non ad venditorem pertinere, ſed ad emptorem: quod & traditum *l.* 3. *C. h. t.* contra eſt, ſi fugerit ſervus ex vetere vitio: tum enim tenetur eo nomine venditor; niſi de hoc certiorem fecerit emptorem. & quidem vult Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. XI. eum cogi, ſi id ſciverit, emptori, præter ſervi pretium, etiam reſtituere ea quæ is per fugam abſtulit: niſi paratus ſit, noxæ dedere. ita idem temperat Paulus *l.* 58. *D. h. t.* Sed quid, ſi nolit ſervi æſtimationem, & pretia ablatarum rerum reſtituere? id tractat idem Paulus *d. l.* 58. §. 1. ad quem conſule ſcripta a D. Schultingio *Not. ad d. tit.* 17. §. 11. *n.* 30. *p.* 295. Igitur ſi poſt perfectam emptionem ſervus fugerit, quærendum reſtat; utrum novum ſit fugæ vitium, an vetus. de quo ita Paulus *d. l.* 58. §. *ult.* *Servum dupla emi qui rebus ablatis fugit: mox inventus præſentibus honeſtis viris interrogatus, an & in domo venditoris fugiſſet, reſpondit fugiſſe. Quæro, an ſtandum ſit reſponſo ſervi? Paulus reſpondit: Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam ſervi reſponſo credendum eſt.* Sic Paulus. Atqui idem in *l.* 7. *D. de probat.* contra, *Cum,* inquit, *probatio prioris fugæ deficit, ſervi quæſtioni credendum eſt: in ſe enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.* Sed difficultati occurri olim *lib.* 1. *Probabil. c. ult. in fin.* & adde ſis ſcripta ad *d. tit.* 17. Pauli §. 13. *p.* 296.

Erro in Edicto quis dicatur, intelligitur ex *d. l.* 17. §. 14. *D. h. t.* ubi ſic ait Ulpianus: Erronem [ita] definit Labeo puſillum, fugitivum eſſe: & ex diverſo fugitivum, magnum erronem eſſe: ſed proprie erronem ſic definimus, qui non quidem fugit, ſed frequenter ſine cauſa vagatur, & temporibus in res nugatorias conſumptis, ſerius domum redit.

Quod porro ajunt Ædiles, *Noxa ſolutus non ſit,* ſic intelligit Ulpianus *l.* 17. §. 17. *h. t.* ut non hoc debeat pronunciari, nullam eum noxam commiſiſſe; ſed illud, noxa ſolutum eſſe, hoc eſt, noxali judicio ſubjectum non eſſe. addit, ergo ſi noxam commiſit, nec permanet, noxa ſolutum eſſe. Illud quæri poteſt, noxas quas intelligamus, utrum privatas, an publicas? non diſtinguunt Ædiles. ſed Ulpianus *d. l.* §. 18. ſic ſcribit: *Noxas accipere debemus privatas, hoc eſt, eas quæcumque committuntur ex delictis,* non publicis criminibus: *ex quibus agitur judiciis noxalibus. denique ſpecialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus: ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, ſi quis forte noxæ dedere noluerit, ſed litis*

æſtimationem ſufferre. Sic paſſim editur. ſed vitioſe. Mihi crede, Ulpiano nocere Synchuſim perinde expediendam, quaſi ſit ab eo ſcriptum: *Noxas accipere debemus privatas, hoc eſt eas quæcumque committuntur ex delictis ex quibus agitur judiciis noxalibus: non publicis criminibus. denique*. & reliqua. Frequentem Veteribus eſſe talem Synchuſim, alibi ſæpe ſum expertus: hic vero mihi eſt probabilis. Niſi malis elidere verba iſta, *Non publicis criminibus:* arbitratus, ex margine veniſſe in contextum ſpecie interpretationis. retenta certe connexionem conturbant: abjecta faciunt bonum ſenſum. quomodo? hic eſt: Ædilitium Edictum noxales actiones non promittit ex publicis criminibus ſervorum, ſed eas promittit ex eorum delictis privatis. nempe, quia privata delicta non tenent ſervos, ſed dominos, ipſos ex his conveniri ſolitos. quia inde oritur damnum pecuniarium: ſi quis forte nolit eos noxæ dedere. crimina autem publica ſolum tenent delinquentem. quippe cum non tendant ad reparationem damni dati: ſed ad infligendam corpori pœnam, vindicandæ publicæ diſciplinæ gratia. at alieno nomine alium corpore puniri, nulla ratio patitur. ita ſervus ex ſuo crimine accuſatur: & domino permittitur, eum defendere. ſed probato crimine, non dominus, ſed ſervus pro ſuo delicto condemnationem ſuſtinet *l.* 4. *C. b. t. l.* 2. *C. de accuſat*.

Spero, non ægre ferent Studioſi Juris, me deinceps facilioris intellectus gratia, invertere ordinem ab Ædilibus ſervatum; & dilata paulisper explicatione verborum Edicti, *certiorem faciant emptorem*, item, *eaque omnia palam recte pronunciando*, quæ ex ſuperioribus exponenda hic reſtabant, attingere prius (quod quodammodo deſiderat cauſarum connexio) hæc ſequentia verba. *Item ſi quod mancipium capitalem fraudem admiſerit, mortis conſciſcendæ ſibi cauſa quid fecerit, inve harenam depugnandi cauſa ad beſtias intromiſſus fuerit: ea omnia in venditione pronunciando*. Ad hæc verba ita ſcribit Ulpianus *l.* 23. §. 2. *b. t.* Excipitur etiam ille qui capitalem fraudem admiſerit. Capitalem fraudem admittere eſt, tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus ſit. ac præfatur, Veteres fraudem pro pœna ponere ſolitos. inde capitalem fraudem, inquit, accipimus dolo malo & per nequitiam. cæterum ſi quis errore, ſi quis caſu fecerit, ceſſabit Edictum. unde Pomponium ait ſcribere, neque impuberem, neque furioſum capitalem fraudem videri admiſiſſe.

Ulpianus *l.* 23. §. 3. *b. t.* excipitur, inquit, & ille qui mortis conſciſcendæ cauſa quid fecerit. addit, quod malus ſervus creditus eſt qui aliquid facit, quo magis ſe rebus humanis extrahat; ut puta laqueum torſit, ſive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve ſe ex alto miſerit, aliudve fecerit, quo facto ſperavit mortem perventuram: tamquam nonnihil in alium auſurus qui hoc adverſus ſe auſus eſt. Sic Ulpianus. idem Seneca Pater *lib.* 8. *Excerpt. controv. c.* 4. verba: *Nihil non auſurus fuit qui ſe potuit occidere*. Etiam apud Publium Syrum eſt in *Sentent. verſ.* 259.

Heu quam eſt timendus qui mori tutum putat. Paulo tamen hoc placet demum, ſi propter nequitiam, maloſque mores, flagitiumve aliquod admiſſum, mortem ſibi conſciſcere voluit: non ſi dolorem corporis non ſuſtinendo id fecerit *l.* 43. §. 4.

Sequitur in Edicto, *Inve harenam depugnandi cauſa ad beſtias intromiſſus fuerit*. Verba Edicti clara ſunt. tantum laborat conſtructio Grammatica: quia præceſſit mancipium, erat dicendum, *intromiſſum:* Latine tamen recte dicitur, *intromiſſus:* relatione facta non ad præcedens verbum, ſed ad intellectum.

Præter hæc jubent Ædiles, *Qui mancipia vendunt, etiam nationem cujuſque in venditione pronunciare*. Meminit Ulpianus *l.* 31. §. 2. *b. t.* & hanc addit rationem, *Plerumque enim natio ſervi aut provocat, aut deterret emptorem. idcirco intereſt noſtra, ſcire nationem: præſumptum etenim eſt, quoſdam ſervos bonos eſſe, quia natione ſunt non infamata; quoſdam malos videri, quia ea natione ſunt quæ magis infamis eſt*. quod de diverſitate indolis nationum dictum ab Ulpiano eſt, ad hæc congeſſit quædam Guido Pancirolus *lib.* 2. *Theſaur. var. lect. c.* 48. *p.* 232. Nationem autem *infamatam* aut *infamem* pro ſuſpecta, ab eo dici, pluribus erudite oſtendit Radulphus Fornerius *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* XI. *p.* 91.

Porro apud Ulpianum *l.* 37. *b. t.* Præcipiunt Ædiles, *Ne veterator pro novitio veneat*. Ipſe vero Ulpianus, *Et hoc*, inquit, *Edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant Ædiles, ne emptores a venditoribus circumveniantur. ut ecce plerique ſolent mancipia quæ novitia non ſunt, quaſi novitia diſtrahere; ad hoc ſcilicet, ut pluris vendant*. (qua de re etiam Torrentius ad Horatium *lib.* 2. *Epiſt.* 2. & Suetonium *Julio c.* 47. ibidemque Pitiſcus) *præſumptum eſt enim ea mancipia quæ rudia ſunt, ſimpliciora eſſe & ad miniſteria aptiora & dociliora, & ad omne miniſterium habilia: trita vero mancipia & veterana difficile eſt reformare, & ad ſuos mores formare. quia igitur venalitiarii ſciunt, facile decurri ad novitiorum emptionem, idcirco interpolant veteratores & pro novitiis vendunt: quod ne fiat, hoc Edicto Ædiles denunciant: & ideo ſi quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur*. Huic Ulpiani loco ſolet objici Venulejus *l. ult.* §. *ult. D. b. t.* Sed vide Cujacium *lib.* 8. *Obſerv. c.* 9. & Gilbertum Regium *lib.* 1. Ἐναντιοφ. *c.* 7.

Poſtremo huc referendum, quod Ulpianus *l.* 17. §. 19. *D. b. t.* in hunc ſcribit modum: Si quis talis ſit ſervus qui omnino manumitti non

non poſſit ex Conſtitutionibus, vel ſi ſub pœna vinculorum diſtractus ſit a domino, vel ab aliqua poteſtate damnatus, vel ſi exportandus: æquiſſimum erit, etiam hoc prædici. Sed de vitiis & morbis ſatis. tandem videndum, quod paulo ante promiſi, quid Ædiles circa hæc obſervari poſtulent.

Ajunt, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique ſit, quis fugitivus errove ſit, noxave ſolutus non ſit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto.* Ædiles cupiunt, emptores, dum mancipium eis venditur, per venditorem omnia de quibus diximus, intelligere: eumque in finem eis a venditore nihil celari. contra putant, oportere eos ab illo moneri omnium, & quidem ejus pronunciatione palam recte facta. Nec eſt dubium, quin æquiſſime: venditore præſertim eorum gnaro: imo ignaro quoque. late enim patent Edicti verba: ac ſecundum hæc ait in *l.* 1. §. 2. Ulpianus, venditorem etiam, ſi ignoravit ab Ædilibus præſtari juſſa, Edicto teneri. primum, quia potuit ea nota habere. deinde non intereſt emptoris, quomodo fallatur, utrum venditoris ignorantia, an calliditate.

Sed quid, ſi emptor illa quæ Ædiles jubent, ei a venditore palam ſignificari, aliunde, quam manifeſta ejus pronunciatione recte intellexerit? Si verba ſpectamus: non eſt ſatisfactum Edicto neque temperamentum, neque exceptionem habenti. teneatur igitur vel ſic Edicto venditor. Verum aliter viſum Prudentibus ex Edicti ſententia: unice agentis, ne emptor ſua ignorantia a venditore decipiatur. quis autem dicat vir bonus & ſapiens in judicio arbitrario, quale eſt redhibitorium, eum decipi qui non ignoravit? Fac: aliquis ſervum vinctum vendidit, nec in venditione dixit, eum fugiſſe, aut in vinculis fuiſſe. an offendit Edictum? forſan dices, venditorem debuiſſe id palam recte pronunciare: nam ſic facere, Edicti verbis juberi. Atqui venditor in venditione vinctum oſtendit ſervum. ſic plus fecit, quam Edictum poſtulat. putemus igitur, teneri verbis: ſed ejus mente abſolvi. Video, te frontem contrahere: ſed erit fides Pomponio *l.* 48. §. 3. *D. h. t.* ita opinanti: *Ei qui ſervum vinctum vendiderit, Ædilitium Edictum remitti æquum eſt. multo enim amplius eſt, id facere, quam pronunciare, in vinculis fuiſſe.* Poterit igitur hic venditor, ſecundum Pomponium §. 4. *d. l.* ab emptore conveniri ob vitium palam recte non pronunciatum: ſed convento licebit, ſe tueri per exceptionem, Niſi ſi ſciverit emptor de fuga, aut vinculis, aut cæteris rebus ſimilibus. Eamdem æquitatem ſervat Ulpianus *l.* 14. §. *ult. h. t. Si nominatim morbus exceptus non ſit, talis tamen morbus ſit qui omnibus potuit apparere, ut puta, cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem & periculoſam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis. Cæcilium enim ſecutus ait venditorem ejus nomine non teneri: perinde ac ſi nominatim morbus exceptus fuiſſet. & cauſatur, ad eos morbos vitiaque pertinere Edictum Ædilium, quæ quis ignoravit vel ignorare potuit.* Idem Ulpianus ait ſimiliter *l.* 1. §. 6. *d. t. ſi intelligatur vitium morbuſque mancipii, ut plerumque* ſignis quibuſdam *ſolent demonſtrare vitia, poteſt dici, ceſſare Edictum.* Qua cauſa? *quia hoc tantum intuendum eſt, ne decipiatur emptor.* Ait, *ſignis quibuſdam.* & eſt exemplum apud A. Gellium *lib.* 7. *Noct. Attic. c.* 4. plura habet Durantius Caſellius *lib.* 1. *Var. c.* 10.

Multo magis convenit æquitati Ædilium, emptorem, ſi a venditore exceptum ſit vitium, aut morbus, ab Edicto repelli, non ſervata pacti fide: nam cum unum ſit Ædilibus negotium, emptoris ignorantiæ ſuccurrere; an dubitamus, eos emptori facere Edicti poteſtatem: volenti, uti ejus commodo: non facere neceſſitatem, ſi nolit? Sed hoc animadvertit Horatius *lib.* 2. *Epiſt.* 2. ex noſtris etiam Ulpianus *l.* 31. *D. de pactis*, quæ eſt ex ejus lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium, *Paciſci*, inquiens, *contra Edictum Ædilium omnimodo licet: ſive in ipſo negotio venditionis gerendo conveniſſet, ſive poſtea.* Hoc, ſi ignoravit venditor morbum aut vitium, aut cum ſciret, in venditione palam recte pronunciavit. nam ſi conſulto reticuit, etſi pactus ſit, ne teneatur ex Ædilitio Edicto, non ſervatur pactum quod putatur dolo malo factum *l.* 14. §. 9. *h. t. l.* 39. *D. de act. empt.*

Intellecto, quid vitii morbive nomine ab Ædilibus deſignetur, aliquis exſpectet exempla. ſed occurrunt paſſim & pleraque ſunt expoſita diligentia Gulielmi Budæi & Dionyſii Gothofredi, *Annot. ad hunc Titulum.* meo vero inſtituto ſufficit ſciri, Ædiles, cum jubent, emptori a venditore ſignificari mancipii vitium aut morbum, ne calumniis & vexationibus aperirent feneſtram, illis verbis non quale quale vitium aut morbum; ſed quod hominis uſum miniſteriumque imminuat aut tollat, id demum vitium aut morbum interpretari. proinde, ſi ſit levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut levis febricula, aut vetus quartana quæ tamen jam ſperni poteſt, vel vulnuſculum modicum; negat Ulpianus *l.* 4. §. *ult. h. t.* ad cauſam hujus Edicti pertinere: præfatus *l.* 1. §. 8. nullum hæc habere in ſe delictum, quaſi pronunciatum non ſit: contemni enim potuiſſe, ubi hominis miniſterio quod, ut dixi, ſolum quærunt Ædiles, non ſunt impedimento. Ac fuit, cum in hunc ſenſum traherem illud Pauli *l.* 54. *D. de contrah. empt. Res bona fide empta, propter minimam cauſam inempta fieri non debet.* Nec me piget ejus interpretationis: nam *cauſa* Paulo eſt vitium aut morbus; ut ſæpe apud Veteres. inde cauſa minima eſt leviſſimus morbus; ac leviſſimum vitium. nec dubium, quin ſic elegans & facilis ſit Pauli ſen-

ſenſus, Rem bona fide venditam, propter minimum morbum, a venditore non palam recte pronunciatum, ex Ædilitio Edicto redhiberi, id enim eſt, inemptam fieri, non debere. Paulum hoc habere ob oculos, ulterius liquebit; conſiderantibus Inſcriptionem Pauli *lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium Curulium* præferentem. Hoc nunc breviter: uberius egi *lib.* 2. *Obſerv. c.* XI.

Simili ratione probat Ulpianus *l.* 6. *h. t.* quod a Pomponio obſervatum, hoc Edictum non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque pertinere. Et recte: utrum enim temporarius, an perpetuus, ſervi morbus ſit, quid refert emptoris? dummodo ejus miniſterio noceat morbus, de quo tempore venditionis a venditore non eſt certior factus.

Altera cauſa ex qua Ædiles agi permittunt, eſt; ſi quid ſit a venditore dictum promiſſumve, quod non eſt præſtitum. ea cauſa hoc continetur Edicti verſu: *Si mancipium adverſus ea veniſſet, ſive adverſus quod dictum promiſſumve, cum veniret, fuiſſet.* Dictum autem a promiſſo (auctore Ulpiano *l.* 19. §. 2. *D. h. t.*) ſic diſcernitur. Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum eſt, nudoque ſermone finitur. Promiſſum autem poteſt referri & ad nudam promiſſionem, ſive pollicitationem, vel ad ſponſum. Sic Ulpianus: & mox addit, ſecundum hoc incipere eum qui de hujuſmodi cauſa ſtipulanti ſpopondit, & ex ſtipulatu poſſe conveniri & redhibitoriis actionibus: neque id eſſe novum. nam & qui ex empto poteſt conveniri, eumdem etiam redhibitoriis actionibus poſſe conveniri. De cætero monet in *l.* 19. *pr. h. t.* opportune admodum, venditorem quædam, etſi dixerit, non præſtare: veluti ea quæ ad nudam laudem ſervi pertinent. atque hoc in §. 3. exprimit, Ea ſola dicta ſive promiſſa admittenda ſunt, quæcumque ſic dicuntur, ut præſtentur, non ut jactentur. Pari modo ait in *l.* 37. *D. de dolo malo*, quod venditor, ut commendet dicit, ſic habendum, quaſi neque dictum, neque promiſſum ſit. Maxime autem placent hæc Florentino *l.* 43. *D. de contrab. empt.* ſi ea quæ commendandi cauſa in venditionibus dicuntur, palam appareant, nam tum, inquit, venditorem non obligant. Et pro exemplo adfert: veluti ſi dicat, ſervum ſpecioſum, domum bene ædificatam. Sic ſolet venditor. mango apud Horatium *lib.* 2. *Epiſt.* 2.

— — — *Hic &*
Candidus & talos a vertice pulcher ad imos.

Apud Ciceronem *lib.* 3. *De officiis* tale hoc eſt: *Qui proſcribunt villam bonam, ut ipſi aſſerunt, beneque ædificatam, non exiſtimantur fefelliſſe, etiamſi illa nec bona, nec ædificata ratione.* Quam ob rem? ait Cicero: *Ubi judicium emptoris eſt, ibi fraus venditoris quæ poteſt eſſe?* Ex eodem genere eſt illud Lucilii apud A. Gellium *lib.* 3. *Noct. Attic. c.* 14.

Quid ni? & ſcruta quidem ut vendat ſcrutarius, laudat
Præfractam ſtrigilem, ſoleam improbus dimidiatam.

Ita: ſi apparent quæ ad laudem dicta. Imo & ſi non apparent: modo ſint generalia, nec plus, quam ipſe ſupponat emptor ad contractum conferant. talia in *l.* 19. *h. t.* ſunt, Hominem eſſe frugi, probum, dicto audientem. Nempe empturus ſervum ipſe de eo illa cogitat; nec idcirco pro hoc plus, quam pro alio daturus. Ultro igitur a venditore jactata, eum non tenent. Non ita eſt; ſi ab emptore nominatim rogatus venditor, an ſit talis ſervus, eſſe talem aſſeveravit, & propterea eum caro vendidit. tum enim ex empto teneri, niſi talem præſtet, Ulpianus confirmat *l.* 13. §. 3. *D. de act. empt.* arbitratus, hujuſmodi aſſeverationem, præcedente illa interrogatione factam a venditore, jam non intra nudam laudem ſubſiſtere; ſed ad dictum promiſſumve accedere. Quemadmodum ſi ſpecialiter dixerit, adeſſe ſervo quod non adſit, aut abeſſe quod adſit. nam & tum venditorem adverſus dictum promiſſumve facere, Ulpianus docet *l.* 17. §. *ult. D. h. t.* ac ne deeſſet exemplum, adſcribit: ut puta, ſi dixerit furem non eſſe, & fur ſit; vel ſi dixerit artificem eſſe, (ut mango apud Horatium *d. lib.* 2. *Epiſt.* 2.) & non ſit. Simile putemus, ſi quis emat morionem, genere quodam ſtultitiæ inſerviturum ejus amœnitati: & eſt fatuus, vel eſt ſapiens. utroque caſu eſt factum adverſus id quod dictum. alterum obtinet ſic Martialis *lib.* 8. *Epigr.* 13.

Morio dictus erat: viginti millibus emi.
Redde mihi nummos, Gargiliane: ſapit.

Alterum viſum Ulpiano *l.* 4. §. 3. *h. t.* ſic ſcribenti: *Pomponius ait; quamvis non valide ſapientem ſervum venditor præſtare debeat, tamen ſi ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo uſus nullus ſit, videri vitium.* Eſt igitur rationis: ut quod ſpecialiter dixerit venditor, id præſtet. nimirum, quia hoc ipſo pluris vendidit: ut optime Florentinus *d. l.* 43. *D. de contrab. empt.* exempla in Grammatico, item in Coquo: quos propter ſua artificia plurimo vendita fuiſſe, indicavi *lib. ſing. De form. emendand. dol. mal. c.* 9. Plane, ſi quis artificem promiſerit vel dixerit, non utique perfectum eum præſtare debet, ſed ad aliquem modum peritum, ut neque conſummatæ ſcientiæ accipias, neque rurſus indoctum, inartificium. ſufficit igitur, talem eſſe, quales vulgo artifices dicuntur. niſi optimum dixerit: tum enim optimum in eo artificio præſtare debet. idemque in cæteris placet, ſi quid dictum aut promiſſum ſit a venditore, non amare exigendum eſſe *l.* 18. *pr.* §. 1. & 2. *h. t.*

Tertia cauſa ex qua Ædiles permittunt agi, in hoc Edicto eſt; ſi quid ea lege venierit, ut niſi placuerit, redhibeatur. ea cauſa

in

in Edicto ſic eſt concepta: *Si quid ita venierit; ut niſi placuerit redhibeatur, intra ſexaginta dies, non ultra, niſi cauſa cognita, judicium dabimus.* Hæc clauſula alicui ſupervacua videri poſſit: poſtquam placuit, pacta conventa, in continenti adjecta contractui bonæ fidei, illi ineſſe, ſive ad adſtringendum eum, ſive ad diſtrahendum, ſpectant: ut probatum *lib. ſing. Ad Edict. de pact. & tranſact.* c. XI. Sed videamus, ne Ædiles, animadverſo, empti actionem non præfinito in contrahendo tempore, jure civili eſſe perpetuam, æquitatis eſſe putarint, ex hujuſmodi pacto rem non perinde haberi, quaſi emptori jus eſſet, eam ſemper redhiberi: ideoque in Edicto præſcripſerint tempus intra quod ea, ſi diſpliceret, redhiberi poſſet. Sic apparet Edicti utilitas. Rem tradit, exponitque Ulpianus *l.* 31. §. 22. & 23. *h. t.*

Quarta agendi cauſa ex Edicto Ædilium eſt: ſi de vitiis morbiſve & cæteris quæ Edicto ſunt comprehenſa, emptori poſtulanti non ſit a venditore cautum. Ea cauſa continetur ſequente Edicti clauſula: *Item in hiſce cauſis mancipium non eſſe, & habere licere in duplum emptori, ſi poſtulabit, cavento.* Hanc clauſulam attingit Gajus *l.* 28. *D. h. t.*

Expoſitis cauſis ex quibus promittuntur Ædilitiæ actiones, nunc age ipſas conſideremus. Rubrica duas attingit: una eſt redhibitoria, altera quanto minoris. eſt tamen & tertia in fine Edicti quæ in factum appellatur. Initium ſumam ab actione redhibitoria, ſic appellata a fine ad quem in Edicto propoſita eſt. is finis eſt redhibitio; emptore volente ab emptione mancipii recedere ex cauſis ſupra ſcriptis. Inde quærentibus, cui hæc detur actio: eſt in promptu reſponſio, dari *emptori, eique ad quem ea res pertinet.* ſic enim loquitur Edictum. Emptorem autem Ulpianus *l.* 19. §. 5. *D. h. t.* accipit eum qui pretio emit. ſed ſi quis permutaverit; putat, utrumque emptoris & venditoris loco haberi, & utrumque ex hoc Edicto experiri. Is porro ad quem ea res pertinet, Ulpiano eſt, ſucceſſor univerſi juris: id eſt, heres defunctum per omnia repræſentans.

Non major erit deliberatio, adverſus quem illa detur actio: Ædilibus eam pollicentibus *adverſus eum qui vendidit, eumve cujus maxima pars in ea venditione fuit.* primum ajunt, ſe hoc judicium dare adverſus eum qui vendidit: manifeſta ratione, ſi ipſe conveniatur. ſed fac, ſervum vel filiumfamilias eſſe qui vendidit: an in dominum vel patrem competit Ædilitia actio? quæſtio vertitur: quod eſt pœnalis in duplum. inde mango apud Horatium *lib.* 2. *Epiſt.* 2. excepto nominatim vitio, *pœnæ ſecurus* dicitur, id eſt, ſecurus actionis redhibitoriæ pœnalis. Sed litem expedit Ulpianus *l.* 23. §. 4. *h. t.* his verbis: *Si ſervus ſit qui vendidit vel filiusfamilias in dominum vel patrem de peculio Ædilitia actio competit. quamvis enim pœnales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum eſt, eorum quoque nomine qui in aliena poteſtate ſunt, competere. proinde & ſi filiafamilias vel ancilla diſtraxit, æque dicendum eſt, actiones Ædilitias locum habere.* Sed actio redhibitoria, ut vidimus, ex hoc Edicto proponitur non tantum adverſus eum qui vendidit, ſed etiam *adverſus eum cujus maxima pars in venditione fuerit. quia* (ut ad hæc verba notat Ulpianus *l.* 44. §. 1. *h. t.*) *plerumque venalitiarii ita ſocietatem coeunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. æquum enim Ædilibus viſum eſt, vel in unum ex his cujus major pars aut in nulla parte minor eſſet, Ædilitias actiones competere: ne cogeretur emptor cum multis litigare: quamvis actio ex empto cum ſingulis ſit pro portione qua ſocii fuerunt. nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius eſt.* Adſcripſi Ulpiani verba, prout eduntur: nec muto quidquam. licebit tamen mihi aliquam in his indicare Synchuſim, ipſi aliiſque non inſolitam. poſtremus enim verſus: *Nam,* non continet rationem præcedentis verſus, *Quamvis actio:* ſed verius anterioris, *Æquum enim.* Hoc obiter & tamquam in tranſcurſu.

Promittitur porro hæc actio ab Ædilibus non in perpetuum: ſed intra ſex menſes, & quidem utiles. id apparet ex Edicto, & ab Ulpiano notatum. *l.* 19. §. 6. *h. t.* Utiles autem menſes aut dies quemadmodum diſtinguantur a continuis, ſatis notum eſt ex *l.* 1. *D. de diverſ. temp. act.* ſolum obſervandum eſt, ex mente Ædilium ab hoc tempore recedi, ſi venditor non cavet de iis rebus quæ præſtari jubentur: tum enim hæc actio datur intra duos menſes *l.* 28. *d. t.* idemque eſt, ſi convenit, ut res vendita, ſi non placet, redhibeatur: quamquam hoc caſu Ædiles actionem etiam ultra pollicentur cauſa cognita *l.* 31. §. 22. & *ſeqq. d. t.*

Proxima quæſtio eſt, ad quid detur actio redhibitoria? Ædiles ſic reſpondent: *Judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.* Igitur quid eſt *Redhibere?* Ulpianus *l.* 21. *h. t.* ait, *facere, ut rurſus habeat venditor, quod habuerit; & quia reddendo id fiebat; idcirco,* inquit, *redhibitio appellata eſt, quaſi redditio.* Apud Feſtum ſic legitur: *Redibitum id proprie dicitur quod redditum eſt, improbatumque, & qui dedit, idemque coactus eſt, habere id quod ante habuit.* Unde apparet, inventam eſſe hanc actionem ad utilitatem emptoris, mancipium titulo emptionis acceptum, juſtam ob cauſam improbantis, & reddentis. id tamen ſic fuit adhibitum; ut, dum juvatur emptor, interim non lædatur venditor, magis omnia in integrum reſtituantur, perinde ac ſi neque emptio, neque venditio interceſſiſſet. Non eſt quod dubites, indicante hoc Ulpiano *l.* 23. §. 7. & Paulo *l.* 60. *h. t.* Si tamen mavis, utrumque exigi ad Edicti verba: nulla in me erit mora.

Primum ajunt Ædiles, *Si quid autem poſt venditionem traditionemque deterius emptoris opera, familiæ, procuratoriſve ejus factum erit.* Ædiles his verbis cavent, ne venditor per cauſam redhibitionis damno ab emptore afficiatur. eſſe vero id futurum exiſtimant, ſi ei ſervus ab emptore non deterior reſtituatur. Utrum animo, an corpore? puto, neutro: non enim diſtinguunt Ædiles *l.* 23. *l.* 25. §. 6. *h. t.* Tempus autem hic inſpici volunt, non emptionis, ſed traditionis. ajunt enim, *poſt venditionem, traditionemque.* nimirum, quia emptor inde cœpit ſervum in ſua poteſtate habere jure emptionis. quod ſi ante deterioratus dicatur ſervus; ad hoc judicium non pertinet: quia ejus copiam ante non habuit emptor: ac ſi fecit deteriorem, non tamquam emptor fecit. *d. l.* 25. Plane quis deteriorem fecerit ſervum, ſive ipſe emptor, ſive familia, ſive procurator, Ædiles non curant; ideoque ſine diſtinctione tenere actionem, Ulpianus obſervat: ſimul, quomodo accipienda ſint hac in parte Ædilium verba *d. l.* §. 2. *& ſeqq.* Non adquieſcunt his Ædiles: præterea jubent, venditori reſtitui, *Si quid ex eo* [mancipio] *poſt venditionem natum, adquiſitumve fuerit.* Ajunt, *poſt venditionem*, nec adjiciunt, *poſt traditionem*, ut fecerunt paulo antè. quia omne commodum ſtatim a perfecta emptione, etſi non ſecuta adhuc traditione, ad emptorem pertinet: cum deteriorari ab emptore res vendita, niſi tradita, nequeat. Vix opus, moneri, Ædiles, cum ajunt, *Si quid ex eo natum fuerit*, indigitare ancillæ partum, ſive unus, ſive plures ſint: id enim probat Ulpianus *l.* 31. §. 2. *h. t.* idem de fructu confirmat; itemque addit, non multum referre, utrum per ſe acceperit, an ab alio poſſeſſore *l.* 23. §. *ult. d. t.* Deinde ajunt Ædiles, *Adquiſitumve*; ſcilicet ex operis mancipii: excepto, ſi quid ex re emptoris ſit adquiſitum. nam hoc apud ipſum relinquendum eſt *d. l.* 31. §. 3. Quod de operis dixi, etiam ad mercedes pertinet, quomodocumque eas conſecutus ſit: ut de fructibus dictum. Nec aliter eſt, ſi legatum aut hereditas ſervo obvenerit. obſervat hæc Ulpianus *d. l.* 23. §. *ult.* atque indiſtincte, utrum potuerit hæc conſequi venditor, an non potuerit, ſi ſervum vendidiſſet. ponamus enim, (ſic pergit) talem eſſe qui capere aliquid ex teſtamento non poterat: nihil hæc res nocebit. Sequitur in *d. loc.* Pedius quidem etiam illud non putat eſſe ſpectandum, cujus contemplatione teſtator ſervum heredem ſcripſerit vel ei legaverit: quia etſi venditio remanſiſſet, nihil hæc res emptori proderat. & per contrarium (inquit) ſi contemplatione venditoris inſtitutus proponeretur, tamen dicerent, reſtituere emptorem non debere venditori, ſi nollet eum redhibere.

Tenetur igitur ex Edicto emptor, quidquid ex mancipio poſt venditionem natum adquiſitumve erit, venditori reſtituere. Sed quid, ſi nihil ſit natum, adquiſitumve? Hic ſilent Ædiles: & tamen, ſi emptoris dolo aut culpa factum eſt, ne naſceretur, aut adquireretur; placuit, perinde accipere, ac ſi natum adquiſitumve eſſet *l.* 23. §. *ult. h. t.* ſcilicet, quia præſtat, ſuam cuique culpam nocere, quam alteri. Inſuper juſſere Ædiles, venditori ab emptore reſtitui, *Et ſi quid aliud in venditione ei acceſſerit, ſive ex ea quid fructus pervenerit ad emptorem.* Senſus Ædilium, oportere in rebus quæ emptioni acceſſerunt, ab emptore ſervari idem quod eſt de principali re dictum. Atque illa ſufficerent: ſi tempore factæ redhibitionis quæ provideri e re venditoris eſſet, innotuiſſent omnia. ſed, ut ſe habent res humanæ, multa plerumque emergunt ex poſtfacto de quibus ante non fuit cogitatum. proinde ſedit Veteribus, venditori vel in hoc incerto, ne quod inprudenti obveniat malum, conſulere remedio cautionis ab emptore præſtandæ. Caſus & formulas ſi quis deſiderat, reperiet in *l.* 21. §. 1. 2. *& l. ſeq. D. h. t.*

Dixi, quid Ædiles, venditori præſtari jubeant. exſpectas, quid emptori viciſſim præſtari poſtulent. ſed præmittendum, quod opportune monet Ulpianus *l.* 25. §. *ult. h. t. Ordine feciſſe Ædiles, ut ante venditori emptor ea omnia quæ ſupra ſcripta ſunt, præſtet: ſic deinde pretium conſequatur.* Nempe, ne venditor pretio ultro reſtituto, deinde emptoris mora aut tergiverſatione damnum habeat aut moleſtiam. at non magis omittendum, Ædiles, ſicut venditori hoc proſpexerunt modo ita nec emptorem negligi paſſos eſſe. Gajus certe *l.* 26. *h. t.* veritus ſimiliter, *ne iniquum ſit, emptorem compelli, dimittere corpus, & ad actionem judicati mitti, ſi interdum nihil præſtatur propter inopiam venditoris: potius rem ita ordinandam eſſe*, exiſtimavit, *ut emptor caveat, ſi intra certum tempus pecunia ſoluta ſit, ſe mancipium reſtituturum.* Sed apparet, Ædilibus fuiſſe negotium; ut redhibito venditori mancipio cum cæteris de quibus dixi, deinde demum emptor ad ſuum perveniat. Quid ergo? ſi is quidem agat ad redhibendum; ſed nolit, venditori ea quæ juſſus eſt, præſtare: an ut præſtet ea condemnabitur? Neſcio, an de hoc lis fuerit apud Veteres. illud ſcio, non placere Ulpiano: cauſato, ut videtur, venditorem hac actione non agere, ſed conveniri; & convento ſufficere exceptionem, extra quam ſi actor non præſtiterit quæ ex Edicto eum præſtare oportet. atque huc ille it, meo judicio, in *d. l.* 25. §. *ult. & l.* 29. *h. t.* nec alio ſpectant tradita *l.* 47. *pr.* §. 1. *item l.* 48. *& l.* 31. §. 11. *D. h. t.* Sed de ordine, quem in propoſito ſervari Ædiles voluerunt, vel nimis. Reliquum eſt, ut videamus, quid illi ordini ſit conſequens. Ajunt Ædiles; *Quod ſi præſtita ea ſint quæ diximus*, (his verbis præcedentia conjunxi cum ſequentibus)

&

& quanta pecunia pro eo homine ſoluta, acceſſioniſve nomine data erit, arbitrio Judicis non reddetur, cujuſve pecuniæ eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tantæ pecuniæ cæterarumque rerum venditor ut condemnetur in duplum. item, ſi quas acceſſiones ipſe præſtiterit, ut recipiat. Ædiles jubent, emptori poſt præſtita ab eo venditori, quæ ipſi præſtari voluere, contra a venditore reſtitui pretium pro mancipio, ſive ut ipſi ajunt, pro homine ſolotum, item ſi quid ab emptore erit acceſſionis nomine datum, uſura verbi grata, aut ſi quid emptionis cauſa ſit ex voluntate venditoris erogatum *l. 27. h. t.* Plus jubent, emptorem liberari neceſſitate præſtandi ejus ad quod obligatus ſit, ſive ipſi venditori, ſive alii *l. 29. §. 1. d. t.* quin de his omnibus, ut fiant, etiam volunt, Judicis arbitrium intercedere; eique ſi pareatur, venditorem abſolvi: ſin minus, condemnari. Ad quid? Ulpianus *d. §. 1. l. 29.* ait, quanti ea res erit. hanc facit Edicti ſummam: & mox ſubjicit, ea condemnatiooe contineri pretium acceſſioneſque. De uſuris quærit? quia de his nihil in Edicti verbis. ait tamen, emptorem etiam uſuras accepturum: quamquam non quaſi uſuras, ſed quaſi id quod ejus interſit: atque ita maxime; cum fructus quoque ipſe reſtituat: opinor, ex mente Ædilium: officio arbitri tamquam viri boni ſuadente, æqualitatem utrimque ſervari. Sed ut pleoiſſime intelligatur natura actionis redhibitoriæ quam Ædiles arbitrariam fecerunt, non pigebit me, ſequentem Gaji obſervationem ſubjicere ex *l. 45. h. t. Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in ſimplum condemnatur venditor: nam ſi neque pretium, neque acceſſionem ſolvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii & acceſſionis condemnari jubetur: ſi vero reddat pretium & acceſſionem, vel eum qui eo nomine obligatus eſt, liberet, ſimpli videtur condemnari.*

Satis de actione redhibitoria, emptori ab Ædilibus dari ſolita; cum mancipium eſt in ea cauſa, ut ex Edicto redhiberi poſſit, & venditor nolit hoc recipere. Sed habeo auctorem Ulpianum *l. 31. §. 17. h. t.* emptori præter actionem illam, etiam aliam competere ad recuperandum pretium; ſi mancipium volenti ſit redhibitum. Unde profecta illa ſit, Ulpianus non docet. interim vocat eam in factum: poteſtque inde veriſimile videri, voluiſſe, eſſe receptam ex Edicti ſenteotia. Quod differt, ſit in medio. certius dicam, in hac non quæri, num mancipium fuerit in cauſa redhibitionis: ſed hoc tantum, an ſit redhibitum. nec immerito ex ſententia Ulpiani: cauſati, iniquum eſſe, poſteaquam venditor recipiendo mancipium agnovit, id in cauſa redhibitionis eſſe, tunc quæri, debuerit redhiberi, an non debuerit. igitur nec de tempore quæri, an intra tempora redhibitus eſſe videatur, Ulpianus finit. Illud plane addit §. 18. hanc actionem exigere, redhibitum eſſe ſervum: cæterum deficere iſtam actionem, etiamſi nudo conſenſu placuerit, ut redhibeatur. conventionem ergo de redhibendo non facere huic actioni locum, ſed ipſam redhibitionem. prætereа addit §. 19. etiam debere per hanc actionem reſtitui quod ei ſervo in venditione acceſſit.

Ab actione redhibitoria qua de egi, gradum transfero ad actionem quanto minoris. nam hæc eſt altera in Rubrica actio. ea alio nomine æſtimatoria appellatur *l. 18. & l. 43. §. 6. h. t.* cauſa nominis eſt: quod hac agitur ab emptore, volente mancipium vitioſum aut morboſum retinere, non quidem pretio hoc quod promiſit ignarus vitii aut morbi: ſed quanti eo deprehenſo id re vera eſſe judicabitur, detracto quod eſt nimium. De ea actione confinxi ſequens Edicti caput: *Item omnium rerum nomine quæ ſupra ſcriptæ ſunt, quanto minoris mancipium, cum veniret fuerit, intra annum quo primum experiundi poteſtas erit, judicium dabimus.* In hoc capite primum obſervabo, quod hæc actio, quamquam eſt rei perſecutoria, non eſt perpetua, ſed datur dumtaxat intra annum quo primum experiundi poteſtas erit, qui annus utilis vocatur *l. 19. §. ult. h. t.* Altera obſervatio erit: quod Ædiles hac actione agi permittunt non ex una morbi aut vitii ſpecie, ſed omnium rerum nomine quæ ſupra ſcriptæ ſunt. id vero huc pertinet; ut intelligamus, poſſe hac actione ſæpius agi, modo ex hac, modo ex alia, cauſa: puta, primum propter fugam, deinde propter morbum: quamquam ita, ne emptor lucrum faciat, & bis ejuſdem vitii æſtimationem accipiat. id ex Juliano recte tradidit Ulpianus *l. 31. § 16. D. h. t. & l. 32. §. 1. D. de evict.* ſolo Ædilium propoſito, ut indemnis ſit emptor. Occurrit & tertia Juliani obſervatio, ipſa quoque non indigoa huc adferri. ea obſervatio eſt: quod emptori, ſi tale eſt in homine vitium, ut eum ob id emptorus non ſit, ab Ædilibus permittitur electio, utra actione malit experiri, redhibitoria, an æſtimatoria: ita tamen; ut, ſi una egerit, & deiode ad alteram veniat, per exceptionem rei judicatæ repellatur. ſic Julianus *l. 25. §. 1. D. de except. rei judic.* eo, ut videtur, motus: quod utraque actio licet ſit diverſa, tamen de eadem re eſt. idque hoc probat argumeoto: quod actio quanto minoris, ubi tale eſt in homine vitium, ut eum ob id empturus non fuerit actor, etiam redhibitionem cootinet. atqui hac actum eſt quanto minoris. Non inficior: ſed minoris pretii eſſe dicitur ſervus, etiam cum eſt nullius: quomodo etiam minus ſolutum dicitur, cum nihil ſolutum eſt *l. 32. D. de verb. ſignif.* Proinde ſic legitur apud Paulum *l. 43. §. 6. h. t. Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æſtimatoria, id eſt, quanto minoris agamus: nam ſi adeo nul-*

lius ſit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti ſi furioſum aut lunaticum ſit, licet æſtimatoria actum fuerit, officio tamen Judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur. Sic Paulus: ſi recte, probandum eſt a Juliano dictum *d. l.* 25. §. 1. poſtquam actum eſt actione redhibitoria, ſi deinde agatur actione quanto minoris, locum eſſe exceptioni rei judicatæ.

Ex tribus actionibus quas Ædiles emptori pollicentur, explicui duas, redhibitoriam, & quanto minoris. reſtat tertia in factum actio hiſce Edicti verbis comprehenſa. *Hoc amplius, ſi quis adverſus ea ſciens dolo malo vendidiſſe dicetur, judicium dabimus.* Ædiles volunt, eum qui adverſus ea quæ ſupra ſcripta ſunt, mancipium ſciens vendiderit dolo malo, vitio aut morbo, verbi gratia, diſſimulato, non teneri modo actione quanto minoris, & actione redhibitoria, de quibus ante ſunt locuti: ſed hac in factum quoque. Ad quid? non exprimunt. Sed veriſimile eſt, cogitare id quod intereſt. Eo me ducunt verba, *Hoc amplius.* quid enim denunciant: niſi quod, præter actionem quanto minoris & actionem redhibitoriam, ambas intra pretium aut æſtimationem venditi mancipii conſiſtentes, adhuc proponitur actio, ſolo illo pretio aut æſtimatione non contenta: ſed aliud præterea perſequens? hoc vero eſt id quod intereſt emptoris, ſe doloſa venditoris reticentia non eſſe deceptum. nec dubito; quin ea propter Ædiles non ut duas illas priores, ita hanc tertiam indiſtincte promittunt adverſus omnes qui mancipium vendunt, non pronunciato palam morbo aut vitio: ſed adverſus eum ſolum qui vitium morbumve ſciens dolo malo reticuerit. hoc vero, dic ſodes, quid deſignat? niſi quod nolunt, ad id quod intereſt agi adverſus venditorem vitium aut morbum ejus ignorantem: ſed adverſus hunc tantum qui mancipium diſſimulato vitio aut morbo vendiderit ſciens dolo malo. Ita prorſus eſt: poteſt quidem venditor actione redhibitoria, & quanto minoris ex hoc Edicto indiſtincte conveniri ad venditi mancipii pretium ſive æſtimationem, ſive ſciverit, ſive ignoraverit vitium morbumve: verum hac in factum actione non poteſt alias teneri ad id quod intereſt, quam ſi mancipium ſciens dolo malo vendiderit, emptore de ejus vitio morbove ante non facto certiore.

Alicui videri poſſit ad hanc in factum actionem ſe quoque ferre Antoninus *l.* 1. *C. h. t.* Decenſio cuidam ſic reſcribens: *Si non ſimpliciter, ſed conſilio fraudis ſervum tibi neſcienti fugitivum vel alio modo vitioſum quis vendidit, iſque fugitivus abeſt: non ſolum in pretium ſervi venditorem conveniri, ſed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens Judex* (ut jam pridem placuit) *præſtari jubebit.* Et moveat eum, quod Antoninus, etſi actionem qua de agit, non diſcernat, in hac tamen qualiſcumque ſit, eamdem facit deciſionem quæ a me facta modo ex Ædilitia in factum actione. præterea de hac eum loqui actione, aliqua poſſit eſſe ſuſpicio ex Rubrica, *De Ædilitiis actionibus.* Sed me alio trahunt hæc Antonini verba, *Ut jam pridem placuit:* quæ ad actionem in factum ex Ædilitio Edicto jam pervetuſto, Antonino Principe, accommodari ſalva veritate nequeunt. Quid ergo? mihi fit probabile, illis Antonini verbis novam indicari Juliani ſententiam: qua tum pridem placuerat, etiam in actione empti inter ſcientem & ignorantem, exemplo Ædilitii Edicti, hic conſimilem facere differentiam, ab Ulpiano (qui ſub Antonino floruit) in *pr. l.* 13. *D. de act. empt.* clare traditam & approbatam. imo ipſum video Ulpianum ibidem §. 3. eamdem empti actionem adverſus ignorantem venditorem ſimilitudine æquitatis adhuc longius producere ad id quod intereſt: ſimiliter non indiſtincte; ſed demum, ſi ille venditor ignorans furem eſſe, rogatus, an ſit, aſſeveraverit, eſſe bonæ frugi & fidum, *ut caro venderet.* ſic idoneo ſenſu edidit Haloander. Florentiæ legitur, *& caro vendidit.* item non male: modo accipiatur, quaſi dicatur, & ideo caro vendidit. Quidquid eſt, Antoninus, me conjectore, in *d. l.* 1. ſequitur, quod tum pridem Juliano & mox Ulpiano viſum in actione ex empto ad imitationem Ædilitii Edicti. Sic in priore parte Ulpianus. Quod vero ad poſteriorem attinet, præfatur inſuper, temerariam venditoris adſeverationem ab ejus reticentia callida & doloſa nihil diſtare: opinatus, mendacium dolo proximum eſſe: & venditorem quod ignorat, falſo adſeverantem mentiri. etenim palam præ ſe ferentem, rem non eſſe vitioſam aut morboſam, ut caro vendat, hoc ipſo tacite indicare, ſibi exploratum eſſe, ſervum talem eſſe, qualem eum eſſe aſſeverat.

Non faciam rem ingratam Juris Studioſis, ſuperiori interpretationi jungens ſequentem *l.* 37. *D. de dolo malo* quæ eſt ejuſdem Ulpiani, & valde obſcura, nec aliunde lucem, quam ex hac Edicti parte acceptura: etſi a Juris Architectis ſit poſita ſub Titulo, *De dolo malo,* quaſi pendeat ab Edicto de dolo malo. quod non puto, neque verum eſt. Verba Ulpiani appoſui: *Quod venditor ut commendet, dicit, quaſi neque promiſſum, neque dictum eſt. Si vero decipiendi emptoris cauſa dictum eſt, æque ſic habendum eſt, ut non naſcatur adverſus dictum promiſſumve, ſed de dolo malo.* Primum ait Ulpianus, venditorem aliquid commendandi cauſa dicentem, licet aliter ſe res habeat, quam dixit, propterea non teneri actione Ædilitia ad redhibendum: veriſſima hac ratione, quod perinde habetur, ac ſi non eſſet dictum aut promiſſum. Hoc: ſi venditor quid commendandi cauſa dixit, non decipiendi emptoris conſilio. Sed fac, contrario dixiſſe propoſito: Ulpianus æque habendum eſſe

ait,

ait, ut non naſcatur actio adverſus dictum promiſſumve. Senſus Ulpiani, adhuc non naſci actionem redhibitoriam ab Ædilibus hac ex cauſa ſolitam promitti, quod ſit factum adverſus dictum promiſſumve. Hoc puto eo ſecurius: quia eadem plane loquendi forma utitur Pomponius *l.*64. §. 1. & Paulus *l.* 47. *D. h. t.* Porro, ut commendandi cauſa aliquid ſit a venditore dictum, decipiendi emptoris cauſa; tamen vel ſic dictum eſt, non ut præſtetur, ſed ut commendetur, ideoque adhuc pro non dicto habetur. Cæterum quia emptor vel tali caſu a ſciente venditore dolo malo eſt deceptus adverſus ea quæ ſunt in Edicto ſupra ſcripta: optime ait Ulpianus, de dolo, id eſt, propter dolum, actionem dari. Quam? in factum ex hoc Ædilitli Edicti capite, vel ſi mavis, ex empto: ſed utramvis intelligas actionem: ſcire te oportet ceſſare Prætoriam de dolo actionem: numquam ſolitam dari, ſi alia ſit *l.* 1. §. 1. *D. de dolo malo.* Ita mihi perſuadeo, & ut dixi, verba, *de dolo*, Ulpiano valere propter dolum: quomodo voculam, *de*, ſæpe uſurpari, ſuis exemplis oſtenderunt Eruditiſſimi Viri, Gulielmus Budæus *Annot. priorib. ad Pandect. p.* 349. & Johannes Ker *lib.* 1. *Select. de ling. Latin. obſerv. lit. D.*

Poſtremo ajunt Ædiles, *De mancipio quod ei rei acceſſit quæ minoris* eſſet, judicium non dabimus. Probationem hujus partis præbet Paulus *l.* 44. *D. h. t.* ſimul rationem, quam exponit D. Cujacius *lib.* 16. *Obſerv. c.* 20.

Tenes primum Edicti caput. quod alterum? ſic ajunt Ædiles: *Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique ſit: uti quæ optime ornata vendendi cauſa fuerint, ita emptoribus tradentur. ſi quid ita factum non erit, de ornamentis reſtituendis, jumentiſve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus ſexaginta: morbis autem vitiive cauſa inemptis faciendis, in ſex menſibus: vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus. ſi jumenta paria ſimul venierint & alterum in ea cauſa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.* Sic proditur ab Ulpiano Edictum *l.* 38. *pr. D. h. t.* ſed ex §. 5. mox ſequente intelligitur, adhuc fuiſſe illi ſubjectum hoc elogium: *Quæ de jumentorum ſanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunto.* Loquuntur igitur, ut Ulpianus notat §. 1. *d. l.* in hoc Edicto Ædiles de jumentis. Et eſt cauſa hujus Edicti eadem quæ manciporum redhibendorum §. 2. Jumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, quæſitum fuiſſe ait. ſic autem reſpondet: Et difficile eſt, ut contineatur. Verba hæc eſſe negantis contineri, pluribus demonſtravi nuper *lib. De form. emendand. doli mal. c.* 12. & probant ſequentia Ulpiani verba: nam aliud ſignificant jumenta, aliud ſignificatur pecoris appellatione. idcirco elogium huic Edicto ſubjectum eſt, cujus verba hæc ſunt. Quæ de jumentorum ſanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunto. unde dubitari deſiit, an hoc Edicto boves quoque contineantur. etenim jumentorum appellatione non contineri eos, verius eſt. ſed pecoris appellatione continebuntur.

Deinde ajunt Ædiles, *Palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique ſit.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 38. §. 3. ſic ſcribit: Et fere eadem ſunt in his, quæ in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet. Inde ſic infert: quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum. non tamen hoc ſine exceptione: nam (quod mox obſervat §. 7.) ſunt quædam quæ in hominibus quidem morbum faciunt, in jumentis non adeo. ac ne exemplum quæſtioni eſſet, ſic pergit: ut puta, ſi mulus caſtratus eſt, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid ejus detrahitur, neque de utilitate: cum ad generandum numquam ſit habilis. Cælius quoque ſcribit, non omnia animalia caſtrata ob id ipſum vitioſa eſſe, niſi propter ipſam caſtrationem facta ſunt imbecilliora: & ideo mulum non eſſe vitioſum. Idem refert, Ofilium exiſtimaſſe, equum caſtratum ſanum eſſe; ſicut ſpado quoque ſanus eſt. ſed ſi emptor ignoravit, venditor ſcit, ex empto eſſe actionem.

Jubent igitur Ædiles, eos qui jumenta vendunt, palam recte dicere, quid in quoque eorum morbi vitiive ſit. De dicto promiſſove, nihil edicunt, quantum ex verbis liquet. Verum Ulpianus §. 10. *d. l.* 38. ita ſcribit, puto, ex mente Ædilium: *Non tantum ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam, ſi contra dictum promiſſumve, erit locus redhibitioni exemplo mancipiorum.* Sic editur: ſed deeſt aliquid, hac forma ſupplendum. *Si contradictum promiſſumve ERIT locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.* Ea forma ſignificatur, *Si contradictum promiſſumve erit; erit locus redhibitioni*, &c.

Porro ajunt Ædiles, *Uti quæ optime ornata vendendi cauſa fuerint, ita emptoribus tradenter.* Melius fortaſſis legetur, *traduntor:* quo modo in quibuſdam libris eſſe, refert Ruſſardus *Not. Marginalib.* Vendendi autem cauſa, ut Ulpianus *l.* 38. §. 11. ſcribit, ornatum jumentum videri Cælius ait, non ſi ſub tempus venditionis, hoc eſt, biduo (id eſt, aliquo tempore) ante venditionem ornatum ſit: ſed ſi in ipſa venditione ornatum ſit: aut ideo, inquit, venale cum eſſet, inſpiceretur. ſemperque eum de ornamentis ageretur, & in actione, & in Edicto adjectum eſt, vendendi cauſa ornata ducta eſſe: poterit enim jumentum ornatum itineris cauſa duci, deinde venire.

Loquuntur igitur Ædiles de jumentis emptori a venditore tradendis ita, uti vendendi cauſa fuerint optime ornata; de mancipio-

rum vero ornamentis, quantum ad verba, nihil edicunt. Videtur tamen vel in his idem quod de illis, receptum ſimilitudine rationis: quando venalitiarii, id eſt, mangones, æque hæc atque illa quo pluris venirent, cum ornamentis vendebant. alludit huc apud Plautum Paraſitus *Sticho* 1. 2. 18. fuitque inde quæſitum, mancipio vendito, an ornamenti appellatione annulus ſignatorius contineatur? nimirum habebant etiam ſervi annulos non ſolum ferreos, ſed argenteos quoque & aureos: non quidem geſtaturi eos: (erat enim hoc dignitatis, & ultra ſervilem conditionem) ſed ſignaturi ea quæ erant adminiſtrationis eorum, ne a conſervis raperentur, puta, eſculenta, potulenta, alia, annulo ſignari ſolita, auctore Plinio *lib.* 33. *Hiſt. nat. c.* 1. Spectat huc *l.* 74. *D. de verb. ſignif.* quæ eſt ex Pauli lib. 2. Ad Edictum Ædilium Curulium. ait vero ille, *Signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur.* Sine dubio, quia utilitatis & neceſſitatis gratia, non ornandi corporis & venuſtatis, gratia habetur. illa enim ratione ne ingenuorum quidem hominum annulos ſignatorios ornamentis annumerari, Ulpianus probat *l.* 25. §. 10. *D. de aur. arg. leg.*

Porro ajunt Ædiles, *Si quid ita factum non erit, de ornamentis reſtituendis, jumentiſve ornamentorum nomine redbibendis in diebus ſexaginta: morbi autem vitiive cauſa inemptis faciendis in ſex menſibus: vel quo minoris cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.* Hæc verba non egent explicatione: ultro clara ſententia. ſaltem adſcribam ſequentem Ulpiani admonitionem ex §. 3. *l.* 38. *Et ſi mortuum fuerit jumentum, pari modo reddendum erit, quemadmodum mancipium poteſt.*

Sequitur in Edicto: *Si jumenta paria ſimul venierint, & alterum in ea cauſa fuerit, ut redbiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redbibeatur.* Ædiles volunt, pluribus jumentis, duobus, verbi gratia, venditis, ſi unum ſit in ea cauſa, ut propter vitium redhiberi debeat, non id redhiberi ſolum quod eſt vitioſum: ſed etiam alterum, etſi non ſit vitioſum: non tamen ſic ſemper atque indiſtincte obſervari: ſed tum demum, ſi illa ſimul venierint, & tamquam paria. nam ſi non ſimul fuerint vendita, nec tamquam paria, etſi plura venierint, non omnia eſſe redhibenda, Ulpianus obſervat *l.* 38. §. 12. *b. t.* idque ſic confirmat: Nam & ſi vitioſum ſit unum jugum, non tamen propter hoc cætera juga redhibebuntur. Atque ita eſt, cum jumenta paria veniunt, puta una biga, ſive unum jugum, Edicto expreſſum eſſe, Ulpianus ait §. 14. *d. l.* ut cum alterum in ea cauſa ſit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur. additque, in ea re tam emptori, quam venditori conſuli, dum jumenta non ſeparantur.

Sic: ſi biga vendatur. quid, ſi triga, aut quadriga ſit? ſimili modo, inquit Ulpianus, redhibenda erit tota. Bigæ autem appellatio, ut hoc exponam, non ſignificat currum cui juncti ſint equi duo: ſed eſt nomen numeri, indigitantis duos equos etiam ſine curru, etſi comparentur plerumque, ut jungantur currui. ſimiliter triga & quadriga etiam ſine curru intelligitur de tribus aut quatuor equis currui jungi ſolitis: ut notavi *lib.* 2. *De uſufructu c.* XI. & pluribus probat hic Dionyſius Gothofredus. Dixi, quid juris ſit in uno pari mularum. ſed fac, duo eſſe, & unam mulam vitioſam eſſe, vel par. ait Ulpianus; ſolum par redhibebitur, alterum non. Ita ſi jam paria ſint conſtituta. Cæterum, ſi nondum ſint conſtituta paria, ſed ſimpliciter quatuor mulæ uno pretio venierint, unius, inquit, erit mulæ redhibitio, non omnium: & addit: *Nam & ſi polia venierit, dicemus, unum equum qui vitioſus eſt, non omnem poliam redbiberi oportere.* Johannes Cruceus Picardus, *Notis ad b. l.* poliam interpretatur gregem equorum: qui grex ab Ulpiano *l.* 1. §. *ult. D. de rei vendic.* & *l.* 12. §. 4. *D. de uſu & babit.* equitium dicitur. Quæ de jumentis diximus, hæc (inquit Ulpianus *d.* §. 14. *l.* 38.) & in hominibus dicemus, pluribus uno pretio diſtractis: niſi ſi ſeparari non poſſint, ut puta, ſi tragœdi vel mimi, ex Paulo additur *l.* 39. vel fratres: hi enim non erunt ſeparandi *l.* 40. *b. t.* Seneca Pater, *Excerpt. Controv. lib.* 9. *Declam.* 3. *In auctionem fratres productos quamvis boſtilis baſta non divîdit. Plus quiddam eſt geminos eſſe, quam fratres. perdit uterque gratiam ſuam, niſi cum altero eſt.*

Tertium caput Ædilitii Edicti ex Ulpiano & Paulo *l.* 40. §. 1. & *ſeqq. b. t.* ſic extat: *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, urſum, pantberam, leonem, aliudve quod noceret animal, ſive ſoluta ſint, ſive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non poſſint, qua vulgo iter fiet, ita babuiſſe velit; ut cuiquam nocere, damnumve dari poſſit: ſi adverſus ea factum erit, & bomo liber ex ea re periert, ſolidi ducenti: ſi nocitum bomini libero eſſe dicetur, quanti bonum æquum Judici videbitur, condemnetur: cæterarum rerum, quanti damnum datum factumve ſit, dupli.*

TITU-

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ ſtipulatione.

Partes Rubricæ duæ ſunt: una de evictionibus, altera de duplæ ſtipulatione. Eſt autem evictio, rei emptæ ablatio per Judicem jure facta. dicta a vincendo; præpoſitione verbi poteſtatem augente. nam vincere eſt, victoriam obtinere. evincere eſt, victoriam exequi, ſive, ut oſtendi ſub Titulo, *De inofficioſo teſtamento*, per victoriam auferre vel abducere. is enim in rei vindicatione eſt victoriæ finis: ideoque executio, ejus ablatione aut abductione conſtans, ab Ulpiano extremum juriſdictionis vocatur *l. unic.* §. 1. *D. Si quis jus dicenti non obtemp.* Hoc modo evinci dicitur res empta; cum dominus aut creditor jure dominii aut pignoris emptori per Judicem aufert ei venditum & traditum ab aliquo qui non habebat vendendi ac tradendi facultatem. idemque eſt, ſi Judex emptore agente adverſus rei emptæ poſſeſſorem, eum abſolvat. Adeo evicta res eſt: ſive emptori convento per Judicem eſt poſt ſententiam ablata: ſive eo agente eſt a poſſeſſore retenta. De utraque evictionis parte prodita a Veteribus eſt Formula ſtipulationis: quam Rubrica vocat duplæ ſtipulationem: quia in eam inducebatur duplum pretii, re evicta. E re erit, illam Formulam apponi: pleriſque hujus Tituli Fragmentis ab ejus explicatione pendentibus. Videtur autem ita concipi poſſe. Eam rem quam a te emi, mihi habere licere: & ſi ea res a me petita erit, vel ſi eam ab alio petiero, eam recte defendere, poſtquam tibi heredive tuo denunciavero: & ſi ea res mihi evicta erit, vel ſi eam ego a poſſeſſore evincere non potuerim, tum duplam mihi recte præſtari, dolumque malum abeſſe, & abſuturum eſſe, ſpondes? Tenes Formulam. petis probationem. accipe, & ſubjectam interpretationem.

Prima obſervatio erit, in illa Formula non poſtulari ſatiſdationem: ſed repromiſſionem. Vulgus quidem credidit, fidejuſſorem quem auctorem ſecundum vocant, re tradita dari oportere: ſicut in mancipatione hoc invaluiſſe, niſi contrarium placuiſſet, Varro auctor eſt *lib.* 5. *De ling. Latin. pag.* 92. Sed quidquid vulgus putarit, aliud obtinuit: Formula ſtipulationis duplæ nuda repromiſſione contenta, niſi aliter convenerit. id intelligitur ex *l.* 37. *l.* 4. *l.* 56. *D. h. t. l.* 1. §. 8. *D. de prætor. ſtipul.* & annotavit D. Cujacius *lib.* 11. *Obſerv. c.* 4. idem ſuſpicatus *lib.* 21. *c.* 15. in *d. l.* 4. pro *mancipium* eſſe legendum, *mancipio.* quod & mavult Salmaſius *De uſuris c.* 8. ſed veterem lectionem tuetur Heraldus, *Animadverſ. in Salmaſ. obſerv. lib.* 4. *c.* 2. §. 3. Altera obſervatio erit: quod duplæ ſtipulatio concepta dumtaxat eſt de emptione: ſicut ob hanc eſt inventa. nec idcirco reſpuit alios contractus. Hoc conſtat fide Ulpiani *l.* 52. *D. d. t.* atque opinati, id ſileri non oportere. Verba ejus ſunt: *Sciendum eſt, nihil intereſſe, ex qua cauſa duplæ ſtipulatio fuerit interpoſita, utrum ex cauſa emptionis, an ex alia, ut committi poſſit.* Præter hæc obſervandum, anguſtos eſſe actionis ex dupla fines: ut eſt ſtricti juris ſtipulatio; & tantum concepta in duplum pretii: manifeſto in ſtipulatione, quidquid adſtringendæ obligationis eſt, niſi palam verbis exprimitur, omiſſum intelligi *l.* 99. *D. de verb. oblig.* Inde factum, ut facile deficiente ex dupla actione, ſæpe fuerit neceſſe, confugere ad actionem ex empto: quæ ut eſt bonæ fidei, & æquitati ſerviens, multa complectitur, ad quæ non pertingit rigor actionis ex dupla. Obtinet igitur ex dupla actio, evicta re empta, in duplum pretii: modo intervenerit de duplo ſtipulatio. at hac omiſſa, quantumvis ſequatur evictio, ceſſat actio ex dupla; & pro ea ſubjicitur ex empto actio ad id quod intereſt *l.* 1. *D. de act. empt.* hoc eſt, lucrum ceſſans & damnum emergens *l.* 13. *D. Rat. rem hab.* Javolenus *l.* 60. *D. h. t.* ſic exprimit: *Si in venditione dictum non ſit, quantum venditorem præſtare oporteat: nihil venditor præſtabit, præter ſimplam evictionis nomine, & ex natura ex empto actionis hoc quod intereſt.* Obſcurior eſt Javoleni ſermo: ſed lucem dabit hoc Pauli *l.* 43. *D. de act. empt. ad fin. Nam empti judicium ad eam quoque ſpeciem ſufficere exiſtimo; non enim pretium continet tantum, ſed omne quod intereſt emptoris ſervum non evinci.* Et in *l.* 70. *D. h. t. Evicta re ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, ſed ad id quod intereſt competit.* Secundum hæc putemus, a Javoleno ſignificari, actionem ex empto dari ad id quod intereſt, atque in eo pretium contineri. Vel hoc notari dignum eſt; quod cum dico, eam perſequi omne quod emptoris intereſt: non idcirco volo, eam emptoris utilitatem perſequi in infinitum. non enim eſt ita: & ad rem Paulus *d. l.* 43. *ad fin. Plane*, inquit, *ſi in tantum pretium exceſſiſſe proponas, ut non ſit cogitatum a venditore de tanta ſumma; veluti ſi ponas agitatorem poſtea factum, vel pantomimum, evictum eſſe eum qui minimo veniit pretio: iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.* Quid ergo eſt? Sic temperanda in propoſito ejus quod intereſt æſtimatio eſt: ne excedat modum dupli. licebitque temperamenti cauſam petere ab officio Judicis: aſſueti in bonæ fidei judiciis emollire & moderari affectiones aſperas atque immoderatas: qualis in propoſito viſa eſt quæ excedit duplum: utique poſtquam placuit Prudentibus, formulam ſtipulationis

Digitized by Google

tionis in caſu evictionis plerumque retinere intra finem dupli. nec miramur, quod eſt moris ac conſuetudinis, id in bonæ fidei judicio ſervari. Ipſe ſic Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 17.* Verba Pauli: *Si res ſimpliciter traditæ evincuntur, tanto emptori venditor condemnandus eſt, quanto ſi ſtipulatione pro evictione caviſſet.* Evicta igitur re empta, competit emptori adverſus venditorem ex dupla actio, ſi intervenerit duplæ ſtipulatio: alioquin ex empto ad id quod intereſt, non in infinitum, ſed intra duplam. & ita Africanus *l. 44. D. de act. empt.* Quid, ſi res non empta ſit, ſed in ſolutum data? etiam hic ceſſat directa ex empto actio; cum non ſit emptio. nihilominus habet illa ſolutio vicem emptionis, id eſt, ſimilem cauſam æquitatis: nec male placuit, utilem ex empto actionem dari ad id quod intereſt *l. 4. C. h. t.* idemque vel ſimile receptum in permutatione per actionem præſcriptis verbis *l. 29. C. d. t.* & in diviſione hereditatis *l. 66. §. ult. D. h. t. l. 14. C. Famil. erciſc.*

Sed propius videnda Formula duplæ ſtipulationis. Ait, *Eam rem quam a te emi, mihi habere licere ſpondes?* Convenienter naturæ emptionis: ſolum agentis, ut venditor emptori tradat vacuam poſſeſſionem *l. 11. §. 2. D. de act. empt.* Non igitur tenetur emptorem facere dominum: ſed ei præſtare habere ſine interpellatione. Hoc indigitat Ulpianus *l. 38. §. 2. D. de verb. oblig.* ad hanc formulam ſic ſcribens: *Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controverſiam faciat.* Nec male Pomponius *l. 3. D. de act. empt. Ratio poſſeſſionis quæ a venditore fieri debeat, talis eſt, ut, ſi quis eam poſſeſſionem jure avocaverit, tradita poſſeſſio non intelligatur.* Forte poterat ſufficere hæc obligatio: quippe ſpectans ad id quod emptoris intereſt, niſi ei ſit paritum. utile tamen viſum eſt, emptori vel duplæ ſtipulatione conſulere: ne ei opus ſit probare, quanti ipſius interſit, rem non eſſe evictam: nam hoc in facto conſiſtit *l. 24. D. de reg. jur.* & plerumque eſt difficilis probationis; eoque ad exiguam ſummam deducitur *l. ult. D. de prætor. ſtip.* Videamus igitur, quid his verbis, *Habere licere*, comprehendatur. Ulpianus in *l. 38. D. de verb. oblig.* hanc explicans formulam, ſic ſcribit: *Stipulatio iſta,* Habere licere, ſpondes? *hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus habere liceat: quæ res facit, ut videatur reus promiſiſſe per omnes futurum, ut tibi habere liceat.* Hoc vero cum non eſſet ſine difficultate, cam Ulpianus his proponit verbis: *Videtur igitur alienum factum promiſiſſe. nemo autem alienum factum promittendo obligatur.* Sed hanc mox ſic ſolvit: *Sed ſe obligat, ne ipſe faciat, quo minus habere liceat.* Significat vero; quod hoc modo venditor non ſimplex abqutivum ſpondet; ſed curaturum ſe, ut ſtipulatori habere liceat. quomodo fere interpretatur Paulus *l. 83.* & ipſe Ulpianus *l. 50. D. eod. tit.* nec tamen vel illa interpretatio generaliter fuit accipienda, ne per omnes fiat: ſed ne fiat per eos in quos venditor jus prohibendi habet: quales ſunt ejus heredes; ut in *l. 24. §. 6. D. de damn. infect.* Proinde indigitat Ulpianus *d. l. 38.* veoditorem his verbis, *Habere licere*, obligari; *ne heres ſuus efficiat, ne habere liceat.* puto, quod heres defunctum repræſentans, ejus factum præſtare debet *l. 143. D. de reg. jur.* addit Ulpianus, *vel quis cæterorum ſucceſſorum efficiat, ne habere liceat:* iiſque verbis heredis heredes & deinceps intelligit *d. l. 38. §. 2.* Pergit Ulpianus *d. l. §. 1. & 2.* Sed ſi quis promittat. *per alium non fieri, præter heredem ſuum: dicendum eſt, inutiliter eum promittere factum alienum. at ſi quis velit* (id eſt, ſi quis tamen velit) *alienum factum promittere; pœnam vel quanti ea res ſit, poteſt promittere.*

Porro ait Formula: *Si ea res a me petita erit, vel ſi eam ab alio petiero, eam rem recte defendere, poſtquam tibi heredive tuo denunciavero.* Formula vult, venditorem ſpondere, ſe emptorem rei, ſi per alium petita erit; vel ſi ipſe eam, amiſſa poſſeſſione, ab alio petierit, recte defenſurum eſſe. Utriuſque partis probatio *l. 16. §. 1. D. h. t. & l. 75. §. 1. D. de procuratorib.* Tenetur igitur venditor emptori in judicio adeſſe, eumque recte defendere. quamquam non alias, quam ſi emptor illi litem ante denunciaverir. Modeſtinus *l. 63. §. 1. D. h. t.* exigit, auctorem laudari. eodemque verbo utitur Pomponius *l. 6. §. 5. D. de act. empt.* ſed ex *pr. d. l. 63.* diſcitur, litis denunciationem ea lotutione intelligi. Jam *laudare* priſca lingua & in civilibus actionibus eſſe *nominare*, dudum eſt ab aliis obſervatum. Vult igitur Formula ſtipulationis duplæ, venditori, ut actione ex dupla uti poſſit, litem ab emptore denunciari. idemque in actione ex empto, & ſimplici ex ſtipulatu actione obtinuiſſe, indicat Alexander *l. 8. C. h. t.* maxime, ſi præſens ſit venditor. nam ſi abſens ſit, aut præſens faciat, quo minus ei denuncietur: placuit Veteribus, duplæ ſtipulationem vel ſine denunciatione committi *l. 55. §. 1. D. h. t.* Illud parum refert, quo tempore fiat denunciatio. itaque de eo in Formula nihil adjeci: ex monitu Pomponii *l. 29. §. 2. D. d. t.* ſic ſcribentis: *Quolibet tempore venditori renunciari poteſt, ut de ea re agenda adſit.* Qua ratione? ait Pomponius: *Quia non præfinitur tempus in ea ſtipulatione.* Unum tamen præcipit obſervari: *Dum ne prope ipſam condemnationem fiat.* Sic Pomponius; & clare. At enim Javolenus *l. 29. §. 3. D. de legat. lib. 3. Denunciari*, inquit, *debere, priuſquam judicium accipiatur.* Id vero creditur ſonare, priuſquam lis conteſtetur. Ne ipſe quidem inficior ſæpe dici, judicium accipi, cum lis conteſtatur: ſed hoc non eſt perpetuum. imo *lib. 3. De fœnor. & uſur. c. 15.* jam obſervavi, judicium aliquando ſumi

pro

pro ſententia: ut in *l.* 1. *C. Si adverſ. rem judic.* & *l.* 46. §. 3. *D. de admin. tut.* proinde liceat mihi, evitandæ pugnæ gratia, per *judicium* in *d. l.* 29. §. 3. exaudire *ſententiam*: ſicut in ambigua voce legis ſolemus eam accipere ſignificationem quæ vitio caret: cum præſertim voluntas legis etiam ex hoc colligi poſſit *l.* 19. *D. de legib.*

Pergit ſtipulatio: *Et ſi ea res mihi evicta erit, vel ſi eam ego a poſſeſſore evincere non potuerim.* Stipulatio ſignificat, actionem ex dupla committi, ſi res empta ſit evicta: ſive quod emptori convento per Judicem eſt ablata: ſive quod eo agente, per Judicem a poſſeſſore eſt retenta: ut paulo ante demonſtravi. Nunc tractandum, quando res evicta dicatur. ad hoc tria deſiderantur. primum eſt, ut res ſit ablata: alterum, ut ſit judicio ablata: tertium, ut ſit jure ablata. Primum oportet rem, ut evicta ſit, ablatam eſſe. videtur autem ablata, ſive evicta; cum emptori eam habere non licet. contra, ſi eam poſſidet; neque ablata, neque evicta eſt; ideoque non poteſt ex dupla agi: quantumvis conſtet, venditam ac traditam eſſe rem alienam aut alteri obligatam *l.* 3. *C. h. t.* nec hoc inique: ubi emptori licet rem habere: atque (ut in explicatione Formulæ ſtipulationis ait Ulpianus) habere dupliciter accipitur: nam & eum habere dicimus qui rei dominus eſt: & eum qui dominus quidem non eſt, ſed tenet: denique habere rem depoſitam ſolemus dicere *l.* 38. §. 9. *D. de verb. oblig.* Sit ita, nondum mota emptori controverſia de proprietate ſed finge, jam motam eſſe. nihil muto: certus, ab executione non inchoari judicium: ſed prius eſſe, ut ſervato ordine actio adverſus reum dirigatur, & cauſa cognita ſententia accipiatur *l.* 1. *C. de execut. rei judic.* quod ſi eſt: putemus, emptore inter moras judicii rem emptam poſſidente, eam nondum intelligi evictam; quam ei interim habere licet. & recte Hermogenianus *l.* 74. §. 2. *D. h. t. Mota*, inquit, *quæſtione, interim non ad pretium reſtituendum, ſed ad rem defendendam venditor conveniri poteſt.* Plus dicam: ne lata quidem adverſus emptorem ſententia, ut ipſe victus ſit, res evicta eſt: quamdiu ei per executionem ablata non eſt: quia tamdiu ei habere licet; & poteſt multis modis accidere, ut victor ad executionem deveniat numquam. Hac ratione Paulus *l.* 35. *D. h. t. Evictus*, inquit, *a creditore* [ſervus] *tunc videtur, cum fere ſpes habendi abſciſſa eſt.* atque inde ſic commode argumentatur: *Itaque ſi Serviana actione evictus ſit, committitur quidem ſtipulatio, ſed quoniam ſoluta a debitore pecunia poteſt* (emptor) *ſervum habere, ſi ſoluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.* Simili modo Gajus *l.* 57. *D. eod. tit.* negat, emptori tunc competere ex ſtipulatu actionem, *ſi is qui eum in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem* (id eſt, ante executionem) *ſine ſucceſſore deceſſerit: ita ut neque ad fiſcum bona pervenire poſſint* (forte non facta nunciatione intra quadriennium *l.* 1. §. 2. *D. de jur. fiſc.*) *neque privatim a creditoribus diſtrahi.* (quia nulli ſunt privati creditores) Nec piget me adjectæ rationis, *Quia rem habere ei licet.* Non minus vera eſt Gaji illatio, inde ſequens in §. 1. *Et ſi ab eo qui vicerit, donata legatave res fuerit emptori, æque ex ſtipulatu actionem non naſci: ſcilicet* (hanc addit moderationem) *ſi antequam abduceret vel auferret, donaverit aut legaverit: alioquin ſemel commiſſa ſtipulatio reſolvi non poteſt.* Non diſſimilis eſt caſus quem apud Ulpianum tractat Julianus *l.* 21. §. 2. *D. d. t.* opinatus, ſi emptor hominis, id eſt, ſervi, mota ſibi controverſia, venditorem dederit procuratorem, iſque victus litis æſtimationem ſuſtulerit, ſtipulationem duplæ non committi. hac ratione: quia nec mandati actionem procurator hic, idemque venditor habet, ut ab emptore litis æſtimationem conſequatur. Igitur cum neque corpus, neque pecunia, emptori abſit; & adeo res in hunc redit locum, ut emptori, quamquam victo, liceat rem emptam pleno jure habere: optime concludit Ulpianus, non oportere ſtipulationem committi. Rem in pauca confert ſequens Pomponii definitio in *l.* 16. §. 1. *D. h. t. Duplæ ſtipulatio committi dicitur tunc, cum res reſtituta eſt petitori, vel damnatus eſt litis æſtimatione, vel poſſeſſor ab emptore conventus abſolutus eſt.* Pomponius tria dicit: primum, actionem ex dupla obtinere; cum petitori res ab emptore officio Judicis eſt reſtituta: ſcilicet, quia apparet, ei ablatam eſſe. Deinde ait, actionem ex dupla obtinere, ſi damnatus ſolverit litis æſtimationem. & hoc recte: nam ut liceat ei hac in ſpecie habere rem ipſam; tamen ablata æſtimatione, non intelligitur eam habere ex venditione qua de quæritur. quin ſi rationem totius inimus negotii: perinde eſt, ac ſi rem emptam victori reſtituiſſet emptor; deindeque eam ab illo rurſus emiſſet: exploratò, litis æſtimationem eſſe emptioni ſimilem *l.* 3. *D. Pro emptore.* Sed palam ſcribit Ulpianus *l.* 21. §. 2. *D. h. t. Si ipſe* (emptor) *judicio accepto victus eſſet, & litis æſtimationem ſuſtuliſſet, placeat committi ſtipulationem: ut & ipſe Julianus eodem libro ſcripſit. neque enim habere licet eum* (ſervum) *cujus ſi pretium quis non dediſſet, ab adverſario auferretur: prope enim hunc ex ſecunda emptione, id eſt, ex litis æſtimatione, emptori habere licet, non ex priſtina.* Poſtremo monet Paulus, duplæ ſtipulationem committi: ſi poſſeſſor ab emptore conventus, abſolutus eſt. nam & ſic habendi ſpes abſciſſa eſt. Sed hoc in anteceſſum traditum aliquoties.

Quæ dixi, vera ſunt; ſi venditor ignorans rem alienam vendiderit bona fide: nam ſi ſciens alienam vendiderit; ait Africanus, emptori etiam, priuſquam evincatur, com-

petere ex empto actionem in id, quanti ejus intereſt, ſuam eſſe factam: & præfatur, quamvis alioquin verum ſit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat: quia tamen dolum malum abeſſe præſtare debet, teneri eum qui ſciens alienam, non ſuam ignoranti vendidit *l.* 30. §. *ult. D. de act. empt.* Præterea æquum viſum eſt, jam tradita a venditore re vendita, & pretio nondum ab emptore ſoluto, ſi de dominio moveatur quæſtio, emptori per exceptionem ſuccurri adverſus venditorem, pretium petentem: niſi paratus ſit, ei evictionis nomine idoneos præſtare fidejuſſores *l.* 24. *C. h. t. l.* 18. §. 1. *D. de peric. & commod. rei vend.*

Non eſt ſatis ad evictionem, rem emptam emptori eſſe ablatam: ſed ei per Judicem ablatam eſſe oportet. non enim eſt evictio nudi facti, ſed juris nomen: omni privata vi, poſt inventas civiles ſocietates & judicia conſtitnta, legibus interdicta. Hoc modo evincere eſt, per legirimos tramites evincere; ſive judicio auferre: ab eaque cauſa aliquando fit mentio evictionis judicio, item per judicium, ſive per judicem, factæ *l.* 22. §. 1. *& l.* 24. *D. h. t.* Quod ſi aliter rem habere emptor deſinat; non dicitur evicta, tantum quia non eſt per Judicem ablata, ſive evicta *l. ult. C. de act. empt.* Præterea ait Venulejus *l. ult. D. h. t.* ſi mihi alienam rem tradideris, & eamdem habuero pro derelicta, amitti auctoritatem, id eſt, actionem de evictione. Idem, ſi emptor rem tradiderit citra Judicis auctoritarem *l.* 17. *C. h. t.* De compromiſſo dubites: quia compromiſſum a Paulo *l.* 1. *D. de receptis* dicitur redigi ad ſimilitudinem judiciorum, & ad finiendas lites pertinere. Sed quod Paulus dixit *d. l.* 1. non per omnia verum eſt: in propoſito vero alia judicii ratio, alia compromiſſi: alrerum inter volenres, alterum inter invitos, exercetur. ipſe ſic Paulus *l.* 56. §. 1. *D. h. t. Si compromiſero, & contra me data fuerit ſententia, nulla mibi actio danda eſt adverſus venditorem: nulla enim cogente neceſſitate id feci.*

Ex tribus requiſitis, quibus res evicta æſtimatur, reſtat tertium: quod eſt, rem jure ablatam eſſe oportere; puta, quod non licet emptori eam per venditorem habere, vendita re aliena, aut alteri obligata, nullo jure. ſane, quod a Pomponio notatum, duplæ ſtipulatio non unam continet evictionem: id eſt, non unam evictionis formam. nec intereſt, quo genere judicii evincatur, ut emptori habere non liceat: modo jure factum ſit. exemplum Pomponii unum, ſi in judicio communi dividundo adverſario adjudicatus ſit ſervus: quia probavir, eum communem eſſe; id eſt, ex parte alienum. huic exemplo accedit alterum: ſi quis dominium petierit, & vicerit: item, ſi quis Serviana actione experiatur. igitur evicta res intelligitur, ſi ſit jure ablata *l.* 34. §. 1. *&* 2. *D. h. t.*

Quid ſi aliter ſit ablata? nulla evictio eſt. exemplum tale apud Ulpianum *l.* 21. *D. h. t.* ſi ſervus deceſſerit, anrequam evincatur. additur ratio elegans: quod nemo eum evincit, ſed factum humanæ ſortis. ſenſus: Per venditorem licebat emptori ſervum habere. per fatum non licebat. mori vero eſt, conditio communis omnium hominum: ea non onerat vendirorem; cum ab eo non pendear. Si tamen dolus interceſſerit: non intercedir Ulpianus *d. l.* quo minus actione ex empto (ſic cenſeo) de dolo agi poſſit. Similis fuerit deliberatio: an evicta videatur res; ſi emptori Judicis injuria auſeratur. At ne tum quidem evictio intelligitur: quia non eſt jure ablata res quam Judicis injuria abſtulit *l.* 8. *l.* 15. *C. h. t.* nec intereſt, utrum ejus imprudentiæ, errori, ſtultitiæve, imputetur, an ſordibus: utro enim modo fiat, cur auctorem contingat: cujus vitium non eſt *l.* 51. *D. d. t.* ac valde probo hoc Pauli *l.* 67. *D. de fidejuſſorib. Injuria quæ tibi facta eſt, penes te manere, quam ad alium transferri æquius eſt.* addit tamen: *Scilicet, ſi culpa tua injuſtæ damnationis cauſam præbuiſti.* Hæc adjectio non placet Jacobo Cujacio: exiſtimanti, eſſe imperiti Interpretis. Sed mibi videtur habere temperamentum a ratione non alienum. præterea animadverto, eo uti quoque Javolenum *l.* 66. *D. Solut. matrim.* & Pomponium *l.* 29. §. 1. *D. h. t.* Servandum igitur meo judicio.

Ut igitur evicta res intelligatur, ablatam eſſe oportet. Quid, ſi emptoris culpa fuerit evicta? non eſt jure evicta, ſed vitio emptoris: quod venditori nocere non debet. Tale vitium eſt; ſi empror auctori ſuo litem non denunciavit: hoc eſt, eum non convenit ad rem defendendam. id enim negligere eum, non ſinit providentia ſtipulationis duplæ: cum alioquin poſſit videri litem amiſiſſe: non quod malam haberet cauſam; ſed quoniam parum inſtructus erat *l.* 53. §. 1. *D. h. t.* Occurrit hic & aliud culpæ exemplum, ſi emptor a judicio abſuit *l.* 8. *C. h. t.* nam ſi ideo contra eum judicatum eſt, quod ipſe defuit, non committitur ſtipulatio; quaſi magis propter abſentiam victus videatur, quam ob malam cauſam *l.* 55. *d. t.* Idem dicit Modeſtinus *l.* 63. §. 2. *D. eod.* ſi emptor appellavit, & bonam cauſam vitio ſuo ex præſcriptione perdidit: id eſt, quia non obſervavit fatalia appellationis. Præterea ait Pomponius *l.* 27. *D. h. t.* quod hoc jure utimur: ut, ſi obſtent exceptiones ex perſona emptoris objectæ, venditor ei non teneatur: ſi vero ad perſonam venditoris reſpiciant, contra. certe nec ex empto, nec ex ſtipulatione duplæ, nec ſimplæ comperit emptori, ſi ei exceptio ex facto ipſius oppoſita, obſtiterit. Quod ſi ex utriuſque perſona & auctoris & emptoris exceptiones objicientur: intererit, propter quam exceptionem Judex contra judicaverit: & ſic

ſic aut committetur, aut non committetur, ſtipulatio *l.* 28. *d. t.* Merito; quia æquum eſt, unicuique factum ſuum, non adverſario nocere *l.* 155. *D. de reg. jur.*

Habet igitur actio de dupla locum: ſi emptori rem habere non licet, eo quod evicta eſt: qualis qualis ſit, corporalis, ut fundus, ſervus, ancilla, vacca *l.* 1. *l.* 16. §. 2. *l.* 42. & 43. *D. h. t.* an incorporalis, ut hereditas *l.* 1. *C. d. t.* amplius obſervat Ulpianus *d. l.* 1. hoc procedere, ſive tota res evincatur, ſive pars: ac poſſit ratio videri, quod toti pars ineſt; & quod de toto dicitur, plerumque de partibus intelligitur: ſicut eſt ſupra in explicatione Edicti De jurejurando ſub eo Titulo traditum *l.* 7. In præſentia autem ſic generaliter placuiſſe, vel ex eo liquet: quod a Paulo *l.* 56. *h. t.* de homine, ſeu ſervo, ſpecialiter ſcribitur hunc in modum: *In ſtipulatione duplæ, cum homo venditur, partis adjectio neceſſaria eſt: quia non poteſt videri homo evictus, cum pars ejus evicta eſt.*

Proxima deliberatio erit, quid in propoſito partis appellatione indigitetur. cum autem nos docet Paulus *l.* 30. *D. de uſurp. & uſucap.* tria eſſe corporum genera: unita, connexa, & ex diſtantibus capitibus conſtituta: primum attingam unita, quæ ille dicit cohærere uno ſpiritu. tale corpus eſt homo. & ejus pars eſt, membrum omne quo abſolvitur naturalis ejus integritas. quod ſi quæ præterea ei accedant, hæc non ſunt in parte: ut partus nondum editus, aut hereditas ſervo delata: ac, ſi petantur per conſequentiam venditi hominis, multum refert, qua actione agatur, ex dupla, an ex empto. Sane Paulus *l.* 42. *D. h. t.* diſputans, ut mihi videtur, de actione ex dupla negar, ancilla prægnante vendita & tradita, venditorem ob evictum partum de evictione conveniri. & præfatur, *Quia partus venditus non eſt.* Siccine? ut Paulo conſtet ratio: noli, ejus verba exaudire de ancilla nudo conſenſu vendira, etſi hunc ſenſum præfert primus adſpectus. potius intellige ea de ancilla ſtipulatione promiſſa ex cauſa venditionis. nam ex hac venit actio ex dupla: ad quam Paulum refero. cauſam vero ſic temperandæ ejus ſententiæ accipe ab hoc Juliani *l.* 43. *D. h. t. Vaccæ emptor, ſi vitulus qui poſt emptionem natus eſt, evincatur, agere ex duplæ ſtipulatione non poteſt: quia nec ipſa, nec uſusfructus evincitur.* Julianus actioni ex dupla de qua loquitur, facit locum evicta vaccæ proprietate, vel evicto ejus uſufructu, tamquam parte, ut poſt oſtendam. cæterum evicto vitulo poſt emptionem nato negat, emptorem poſſe agere ex dupla: cauſatus, neque vaccam ipſam eſſe evictam, neque ejus uſumfructum, id eſt, ejus partem. vendita igitur ancilla apud Paulum, aut vacca apud Julianum, & duplæ ſtipulatione ſubſecuta, appellatione ancillæ aut vaccæ non continetur evictio partus aut fœtus, quaſi partis: utcumque tempore venditionis adhæſerit viſceribus matris; ac vel de eo in vendendo ſit cogitatum: juris ſubtilitate fines ancillæ aut vaccæ utriuſque membris æſtimante; & quod præterea accedit, niſi verbis ſtipulationis ſit expreſſum, pro omiſſo interpretante, quaſi in parte non ſit. At laxior molliorque ſit interpretatio in actione ex empto ut eſt bonæ fidei; in eaque, ut Juſtinianus refert, alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet § *ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu.* Rem tenes. non tamen omittam Julianum: cujus mentem quærimus, ut inveniamus ſenſum Pauli. is in *l.* 8. *D. h. t.* de actione ex empto ſic ſcribit: *Venditor hominis emptori præſtare debet, quanti ejus intereſt hominem venditoris fuiſſe.* Quid inde? ſic infert: *Quare ſive partus ancillæ, ſive hereditas, quam ſervus juſſu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto poteſt.* Quid tum? ait porro: *Et ſicut obligatus eſt venditor, ut præſtet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quæ per eum adquiri potuerunt, præſtare debet emptori, ut habeat.* Hoc Julianus. addo: Pomponius *l.* 16. *D. eod. tit.* verbis ſequentibus: *Evicta re vendita, ex empto erit agendum de eo, quod acceſſit: quemadmodum ea quæ empto fundo nominatim acceſſerunt, ſi evicta ſint, ſimplum præſtatur.* Cum ait, *ſimplum præſtari*, intelligit id quod intereſt, in actione empti naturaliter veniens: & hoc *ſimplum* vocat oppoſite ad duplum, ad quod tendit actio ex dupla, ut ſupra dixi. Sequens locus eſt de corporibus quæ Paulus *l.* 30. *D. de uſurp. & uſuc.* vocat connexa. ex hoc genere eſt domus & navis: utraque colligitur ex pluribus tabulis, cœmentis, tignis, ferramentis, aliis. & cum ſunt connexa, appellantur domus aut navis: non tabulæ, cœmenta, aut ferramenta; nec ſunt quidem tum partes domus aut navis, ſed partes materiæ ex qua constructa domus aut navis eſt: id vidit Javolenus *l.* 23. *D. de uſurp. & uſuc.* dicens, illum qui eſt ædes mercatus, non emere aut poſſidere has materias; ſed ipſas ædes, id eſt quamdam univerſitatem ex materiis confectam. hujus partem unam Javolenus facit ſuperficiem, alteram ſolum. proinde, ſi ex domu evincatur ſolum aut ſuperficies, putemus de evictione agi poſſe, quaſi parte evicta: ſi columna evincatur, non poſſe. idem in nave: cujus ſi partem quærimus, intelligimus membra navi conjuncta, in quibus gubernacula, malus, antenna, velum *l.* 44. *D. h. t.* his evictis, evicta eſt pars navis. tabula evicta, eſt quidem evicta pars materiæ ex qua facta navis eſt: at navis ipſa, aut pars navis, non eſt evicta *l.* 36. *D. h. t.* Sic in actione duplæ: non item in actione ex empto. Ain' tu? Javolenum audi *d. l.* 23. §. 1. *D. de uſurp. & uſucap. Si columna evicta fuerit; puto, te ex empto cum venditore recte acturum, & eo genere rem ſalvam habiturum.* Ait, *Eo genere,*

id eſt, ea actione ex empto; non actione ex dupla. nempe, actio ex empto eſt bonæ fidei; actio ex dupla eſt ſtricti juris: hæc anguſte, illa late, patet; ideoque ſæpe competit, hac ceſſante: ut in ſuperioribus demonſtratum. Tertia corporum ſpecies in *l.* 30. *D. de uſurp. & uſucap.* conſtat ex diſtantibus. talia ſunt corpora plura non ſoluta, ſed uni nomini ſubjecta, veluti grex: ex quo evicto capite uno aut altero, non poteſt agi de evicto grege, aut ejus parte: quia non eſt grex evictus, nec pars gregis: ſed caput unum aut alterum ex univerſitate quam gregem dicimus. grex vero emptus fuit; non ſingula capita ex grege. Ab hoc non longe diſtat hereditas. qua vendita, non ſunt venditæ res ſingulæ hereditariæ; ſed hereditas, id eſt, quædam patrimonii univerſitas. in eaque ſi quid alienum ſit evictione judicatum, id non eſt hereditatis, eoque non eſt venditum. ac ſi fuit defuncti, ſed injuria Judicis evictum, non onerat venditorem *l.* 1. *C. h. t.* Idem vel ſimile de peculio Paulus *l.* 5. *D. h. t.* Verba Pauli ibi vide.

Quæ dixi de re tota vel ejus parte, maxime procedunt, evicta proprietate. nam, ſi de uſu aut uſufructu lis ſit; quid obtineat, dubitari poteſt; quia ſic ſcribit Paulus in *l.* 25. *D. de verb. ſignif.* quæ eſt ex lib. 21. Ad Edictum; *Recte dicimus, eum fundum totum noſtrum eſſe, etiam cum ejus uſusfructus alienus eſt.* Et hanc ſubjicit rationem: *Quia uſusfructus non dominii pars, ſed ſervitutis ſit: ut via & iter: nec falſo dici, totum meum eſſe, cujus non poteſt ulla pars dici alterius eſſe.* Paulus ſignificat, uſumfructum, cum incorporalis ſit, quippe in jure conſiſtens, non poſſe dici partem fundi, id eſt, rei corporalis, cum qua non cohæret. contra putat, (quod de itinere & via alibi dicitur *l.* 86. *D. eod. tit.*) eſſe fundi qualitatem, magiſque modum habendi fundum, quam ejus partem. Aliquis poſſit ex his Pauli verbis conjicere, evicto uſufructu fundi, non eſſe evictam fundi partem; ideoque non eſſe locum actioni ex dupla, aut ex empto. Sed aliter ſe res habet: nam Paulus *d. l.* 25. ita ſentit in rei vindicatione: (quam expoſuit lib. 21. Ad Edictum) & recte, re ex nominis proprietate æſtimata, ut ibi oportet. verum contra ei ſedit in caſibus non tam a nominis ſubtilitate, quam a voluntatis interpretatione, pendentibus: ut fit in legatis, & contractibus; in quibus non eſt probabile hominem ſapientem fundum legare aut emere ob nudum dominii nomen, ſine emolumento vanum atque inane futurum. Hac contemplatione idem Paulus *l.* 4. *D. de uſufructu* (quod evici *lib.* 1. *De uſufruct. c.* 2.) ſic ſcribit: *Uſusfructus in multis caſibus pars dominii eſt:* pro inſtar dominii eſt. ac fuerit exemplum evicto emptori uſufructu. nam ſic, etſi proprietatem habeat, tamen ſeparato ab ea uſufructu, perinde eſt, ac ſi non liceat illi, ejus partem habere, præſertim etiam detentione ad fructuarium fruendi cauſa tranſlata. Sed hæc de poſſeſſione, uſufructu, itemque uſu, & aliis juribus in formulæ explicatione tradidit Ulpianus *l.* 38. §. 3. *D. de verb. oblig.* his verbis: *Si quis forte non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda controverſiam fecerit, vel de uſufructu, vel de uſu, vel de quo alio jure ejus quod diſtractum eſt: palam eſt committi ſtipulationem. habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure quod habuit.* Cum ait, *vel de quo alio jure:* ſine dubio intelligit emphyteuſin & ſuperficiem: in quibus æque atque in uſufructu & uſu emptori aliquid minuitur ex jure quod habuit, cum ratione emolumenti, tum ratione detentionis poſſeſſionisve, ad fructuarium, uſurarium, emphyteutam & ſuperficiarium, evictione tranſeuntis. An ſub his verbis etiam comprehenduntur ſervitutes urbanorum & ruſticorum prædiorum? forte dices, petito argumento ab uſufructu & uſu. Sed inter has ſpecies differentiam facit Pomponius *l.* 66. *D. de contrab. empt.* verbis ſequentibus: *In vendendo fundo quædam etiamſi non condicantur, præſtanda ſunt: veluti, ne fundus evincatur aut uſusfructus ejus: quædam ita demum, ſi dicta ſint: veluti iter, actum, viam, aquæductum. idem & in ſervitutibus urbanorum prædiorum.* Hæc differentia lucem faciet Venulejo *l.* 75. *D. h. t.* ait ille, Quod ad ſervitutes prædiorum attinet, ſi tacite ſecutæ ſint, (quia palam non ſint promiſſæ) & vincidentur: Q. Mucium & Sabinum exiſtimaſſe, venditorem ob evictionem non teneri. & fundamentum illi; quod ubi nihil dictum, talis præſtatur fundus, qualis eſt, id eſt, liber, ſi ſit liber: ſervus, ſi ſit ſervus. hoc Q. Mucium voluiſſe intelligitur ex *l.* 59. *D. de contrab. empt.* Idem ſenſit Venulejus *d. l.* 75. cauſatus, neminem evictionis nomine teneri in eo jure quod tacite ſoleat accedere. quid, ſi fundus, ut optimus maximuſque eſſet, traditus fuerit? ait Venulejus, tunc liberum ab omni ſervitute præſtandum. idemque intelligitur ex *d. l.* 59. Sic: ſi vicini prædii dominus fundi ſui libertatem ab emptore vindicet actione negatoria. Sed fac: emptor ex vicini fundo viam vel actum petit actione confeſſoria, nec obtinet? non tenetur venditor: quia ab initio non debetur: niſi nominatim dixerit, acceſſurum iter vel actum. Hoc Q. Mucium ſentire ait Venulejus, & ſibi placere: ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum præſtet; non etiam deberi alias ſervitutes: niſi hoc ſpecialiter ab eo acceſſum ſit. Summa eſt, quod evicta prædii ſervitute emptori nihil imminuitur de proprietate, poſſeſſione, uſufructu, aut uſu: imo emptor nihilominus prædium tenet, poſſidet, etiam eo fruitur: inſuper poteſt per eum ire, agere, jure dominii; quamquam victor quoque per eum eat, agatque, jure ſervitutis. igitur ei licet pleno jure habere fun-

fundum: cujus partem vicinus nullam tenet, habetve. Idem eſt, evicta ſervitute quæ putabatur fundo empto debita. Non obſtat hoc Pauli *l. 15. §. 1. D. h. t. Sed & ſi ſervus evincatur; quanti minoris ob id prædium eſt, lis æſtimanda eſt.* Ita paſſim legitur: ſed Cujacius *lib. 2. Obſerv. c. 20.* conjicit, *Sed & ſi ſervitus.* quomodo jam ante legi voluit Odofredus: Ruſſardo teſte *Not. margin.* Hoc plus obſervat Cujacius ex *d. l.* verbis, in illis agi non de actione duplæ, aut ex empto ad id quod intereſt, quibus re evicta agitur, ſed de actione quanti minoris. Sic Ulpianus *l. 61. D. de Ædilit. Edict. Quotiens*, inquit, *de ſervitute agitur, victus tantum debet præſtare, quanti minoris emiſſet emptor, ſi ſciſſet hanc ſervitutem impoſitam.* Ratio illa eſt: quod hæc actio emptori datur ex Edicto Ædilium ob id quanto minoris rem fuerat empturus, ſi ſciſſet fundi qualitatem. proinde ſi pluris emerit, quod vel liberum putabat, vel ei deberi ſervitutem, ea evicta, optimo jure habet eam actionem.

Demonſtrato, quando evicta res ſit, porro ſciri oportet, eſſe rationis, venditorem eo nomine teneri: modo ſi emptor, ut ſupra dixi, auctorem illum ſuum laudavit. tum enim iſtius fuit, non defugere auctoritatem: id eſt, non recuſare defenſionem juris venditione promiſſi. contra debuit emptori auctoritatem ejus defenſione præſtare, actione de evictione: quam ipſam Venulejus *l. ult. D. h. t.* idcirco figurate appellat auctoritatem: opinor, cauſa pro effectu poſita. Eſt vero illa actio duplex: una ex empto, altera ex ſtipulatu: & hæc rurſus vel ſimplæ vel duplæ. indicat Pomponius *l. 27. D. h. t.* eodemque it hoc Alexandri *l. 8. C. d. t. Emptor fundi, niſi auctori aut heredi ejus denunciaverit: evicto prædio, neque ex ſtipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejuſſorem ejus habet.* Alexander actionem ex dupla ſeparat ab actione ex ſtipulatu, quamquam actio ex dupla eſt ex ſtipulatu: dupla non mutante actionem, ſed actionis quantitatem. Adhæc agitur actione ex dupla, ſi interpoſita ſit de dupla ſtipulatio: alioquin ea non agitur. Cæterum omiſſa duplæ ſtipulatione, quamvis ceſſet actio ex dupla: ait Paulus, ſi eo nomine, id eſt, ſi de præſtanda duplæ promiſſione agatur, (opinor, actione ex empto; cum non ſuperſit alia actio) adhuc eum fore exitum, ut in duplum condemnetur reus, id eſt, venditor *l. 2. D. h. t.* videlicet, quia ultra non intereſt emptoris. Sed veriſſime Ulpianus *l. 37. D. d. t.* Emptori, inquit, duplam promitti a venditore oportet, niſi aliud convenit. idque in tantum ei placet, ut in §. 2. *d. l.* confirmet ex ſententia Neratii, emptorem, ſi ſimplam pro dupla per errorem ſit ſtipulatus, re evicta, conſecuturum ex empto, quanto minus ſtipulatus ſit. Per errorem, inquam; nam alioquin ſi plus vel minus, quam pretii nomine datum eſt, evictione ſecuta dari convenerit, placitum cuſtodiendum eſt *l. 74. D. h. t.* modo ſubſiſtat intra duplam. Plane Ulpianus *d. l. 37. §. 1.* monet: ne quod de dupla dictum eſt, ex omni re accipiamus: ſed de his rebus quæ pretioſiores eſſent. & ſunt exempla, ſi margarita forte, aut ornamenta pretioſa, vel veſtis ſerica, vel aliud non contemptibile, veniat. quod de veſtibus ſericis dicit Ulpianus, confirmatur hoc Vopiſci, *Aureliano c. 45. p. 545. Cum ab eo uxor ſua peteret, ut unico pallio blatteo ſerico uteretur, ille reſpondit, Abſit, ut auro fila penſentur. libra enim auri tunc libra ſerici fuit.* Porro addit Ulpianus: quod per Edictum Ædilium etiam de ſervo cavere jubetur venditor. De fiſco ſic ſcribit *l. 5. D. de jur. fiſc. Si procurator Cæſaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum vel triplum pro evictione promiſerit: tamen fiſcus ſimplum præſtabit.* In hoc loco notanda ſunt duo: unum eſt, fiſcum de evictione tantum in ſimplum teneri; tametſi fiſci procurator eo nomine plus promiſerit, duplum vel triplum, verbi gratia. alterum eſt, quod cæteri omnes, præter fiſcum, promittendo duplum vel triplum ex ſtipulatu obligantur.

Sit Paulo fides, quantum ad fiſcum attinet; quia non liquet contrarium. ſed quod ait, cæteros promittendo triplum, ob evictionem obligari, mihi non perſuadet. primum conſtat, ſtipulationes infinitas atque immoderatas a Veteribus improbari *l. 40. D. de damn. infect.* taleſque viſas in propoſito eſſe ultra duplum egredientes, mihi admodum probabile eſt. Atqui huic ſtipulationi finem aut modum nulla lex ſcripſit. Novi, & hoc adſerri a Doctiſſimis Viris, Jacobo Cujacio *Paratitl. C. h. t.* & Antonio Fabro *lib. 2. Conject. c. 3.* Sed quid intereſt, utrum ei lege, an moribus, poſitus ſit finis? an quis ignorat, pleraque juris civilis a Prudentibus compoſita, Fori Diſputatione moribus ſine ſcripto veniſſe? hoc dixit Pomponius *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.* In præſenti vero mores nimis certi: Juriſconſultis formulam hujus ſtipulationis paſſim intra duplam retinentibus. quid ſi eam duplæ ſtipulationem idcirco vocarunt: quod noluerunt, ultra duplam excedere. paſſi ſint, illam ſtipulationem infra hanc ſtare, ſi quis pro ſua humanitate contentus eſſet ſimpla. at ultra porrigi noluerunt, modeſtia avaritiæ intercedente. Sic factum, ut actio ex ſtipulatu tantum ſit ſimplæ aut duplæ *l. 27. D. l. 8. C. h. t.* dupla ſit extremum, ad quod adſcendere in propoſito debet ſtipulatio: ſicut uſura centeſima vocatur legitima; quia huc uſque venire poteſt, ultra non poteſt aut ſtipulatio aut officium Judicis. Eodem modo Judex re evicta æſtimaturus id quod intereſt in actione ex empto, poteſt, ut ex Africano & Paulo dictum *l. 43. §. ult. & l. 44. D. de act. empti*, venire ad du-

 plum

plum pretii, ultra adſcendere non poteſt: exemplo ſtipulationis intra hunc modum ſubſiſtentis. Mitto actionem ex empto, in eaque Judicis officium. ipſam videamus ſtipulationem: de hac ſic manifeſte Paulus *lib. 2. Sentent. tit.* 17. §. 3. *Res empta mancipatione & traditione perfecta, ſi evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Non me fugit Jacobum Cujacium *lib.* 21. *Obſerv. c.* 15. pro *duplo tenus*, fide Codicis quem vocat optimum reſtituere *nullatenus:* & hanc lectionem probari Salmaſio, *De uſuris c.* 8. ſed quis neſcit, Codices etiam optimos alibi eſſe vitioſos. adverſus veritatem certe manifeſtam etiam optimus falſitatem inducens, ut in præſentia, valere non debet. retinenda igitur vetus ſcriptura proba & vera, *duplo tenus.* ſenſus: quod res empta ſive mancipatione, ſive traditione eſt perfecta, ſi evincatur, auctoritatis nomine venditor obligatur, id eſt, obligari poteſt, ad finem dupli; non ultra. Is eſt ſenſus; ſi verus, ut puto: demonſtratum eſt, Ulpianum in *d. l.* 5. *D. de jur. fiſc.* eſſe adulteratum adjectione verborum, *vel triplum:* iiſque deletis, eſſe legendum, *quamvis duplum pro evictione promiſerit.* Succurri Ulpiano. ſuccurramus etiam Paulo *l.* 56. *D. h. t.* ſimili vitio laboranti in his verbis: *Si dictum fuerit vendendo, ut ſimpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam ſatiſdare debet qui duplam promittit: ſed ſufficit nuda repromiſſio, niſi aliud convenerit.* Mendoſum eſſe hunc locum, præter allata jam pro Paulo, indicio eſt tenor diſputationis male cohærentis. quid reſpicis? non eſt Paulo quæſtio, ad quem modum fieri debeat ſtipulatio, ſi in vendendo convenerit, eam præſtari. ſolum quærit, qua actione eam, ſi non præſtetur, peti oporteat: Ædilitia temporali, an ex empto perpetua. Hoc videre Viri Doctiſſimi, Jacobus Cujacius *lib.* 11. *Obſerv. c.* 4. & Antonius Faber *lib.* 2. *Conject. c.* 3. Opem tamen Paulo neceſſariam neuter attulit. forte præſtet ſcribi: *Si dictum fuerit vendendo, ut ſimpla vel dupla promittatur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam ſatiſdare debet qui duplam promittit. ſed ſufficiat nuda:* & reliqua. Veterem lectionem tueri conatus eſt Emundus Merillius *lib.* 3. *Variant. ex Cujac. c.* 26. ſed fruſtra: ſincero Juriſprudentiæ illud, *triplum vel quadruplum*, palam convincente. Sic mihi ſedit a multis annis. ac nuper lubenter vidi, his ſimilia jam incidiſſe ſuo tempore Huberto Giſanio, Viro Erudito, & Claro *ad h. t. C.* quod diſſimulare nolui.

Reſtat in actione ex dupla quemadmodum duplum accipiatur. puto autem, intelligi duplum, non quanti res eſt, ſed quanti res veniit: nullo ad bonitatem reſpectu habito: ſi præſertim tota evincatur, ut fundus totus: ſatis ſic evidente pretio quod eſt duplandum. Nec aliud eſt: ſi evincantur certa jugera, ſingulis certo pretio in venditione definito: nam vel ſic liquet, quantum duplandum ſit, ubi liquet, quanti ſingula venierint: ſive meliora ſint evicta, ſive alia *l.* 53. *D. h. t.* Idem, ſi evincatur pars fundi pro indiviſo. datur enim emptori & tum regreſſus ſaltem pro quantitate evictæ partis. quod ſi evincatur locus certus, forte certum paſcuum, certum olivetum, aut certa ſilva: jam aliter obſervatur. non enim datur emptori regreſſus pro quantitate evictæ partis, ſed pro bonitate loci *l.* 1. *D. h. t.* optime: nam cum pars pro indiviſo evincitur; quid poteſt melius aut deterius intelligi, parte evicta participante de omnibus in fundo plus aut minus utilibus? at evicta parte certa, puta oliveto, vinea, loco paſcuo, tum ſummæ æquitatis eſt, haberi rationem bonitatis loci evicti; cum poſſit ejus cauſa emptus eſſe fundus totus. hoc obſervavit Ulpianus *d. l.* 1. & Papinianus *l.* 64. §. 3. *D. h. t.* ac ſecundum hos licet exaudire tradita a Pomponio *l. pen. D. de Ædil. Edict.* & Paulo *l.* 13. *D. h. t.*

Vera hæc & certa: ſi fundus evictus eſſe perſeveravit, qualis fuit tempore venditionis. ſed ſi deinde auctus aut deminutus ſit: dubitatur; utrum præſtanda duplæ æſtimatio ſit pro modo qui nunc eſt tempore evictionis, an pro eo qui fuit tempore venditionis. Hanc quæſtionem non minus diligenter, quam ſubtiliter, tractat Papinianus *l.* 64. *D. h. t.* non pigebit me, ejus doctrinam aliqua cum cura examinare. Verba principii talia ſunt. *Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abſtulit: ſi poſtea pro indiviſo ducenta evincantur, duplæ ſtipulatio pro parte quinta, non quarta, præſtabitur: nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit. ſi totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus ſit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam ſi incuria fundus, aut ſervus traditus, deterior factus ſit: nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, ſi res melior fuerit effecta.* Sic extat in omnibus editionibus quas videre mihi licuit. ſed mera nox eſt. nec eſt, qui in tenebris eunti lumen præferat idoneum, ne Cujacius quidem *lib.* 26. *Obſerv. c.* 37. non animadverſo ab egregio illo viro, corrupta eſſe hæc verba: *duplæ ſtipulatio pro parte quinta, non quarta, præſtabitur.* Mea opinione, ſcribendum: *duplæ ſtipulatio pro parte quarta, non quinta, præſtabitur.* Hoc poſtulat ſubjecta ratio: *nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Ea ratio retenta vetere ſcriptura plane falſa, mea conjectura ſit optima, & Papiniano condigna. Ecce: Aliquis vendidit mille jugera. his emptori traditis ita, ut oportet, flumen ducenta abſtulit. poſtea tertius pro indiviſo evincit ducenta. pro qua parte æſtimanda eſt dupla evictæ partis: pro quarta, an pro quinta? refert, quodnam inſpici

ſpici debeat tempus; traditionis, an evictionis: illo ducenta efficiebant quintam de mille: hoc quartam de octingentis. Papinianus voluit, (mihi ſic videtur) duplæ æſtimationem præſtari pro quarta, non pro quinta: hac ratione veriſſima: *nam quod periit dammum emptori, non venditori, attulit.* Spectavit modum fundi qui fuit tempore evictionis, etſi major fuerit tempore venditionis: quia quod plus fuit tempore venditionis, periit vi fluminis: non eſt evictum vitio venditoris: (quod unice corrigit actio ex dupla) magis eſt ablatum caſu: ad hanc non pertinente. periit igitur emptori: venditori non periit. Hoc, ſi jugeribus ducentis flumine ablatis, poſtea ducenta evincantur. Quid, *ſi totus fundus quem flumen deminuerat, evictus ſit?* Papinianus, *jure*, inquit, *non deminuetur evictionis obligatio.* Quo fundamento? Hoc puta, quod in actione ex dupla ſolum quæritur, quid in ſtipulationem venerit: non, quanti interſit id veniſſe *l.* 38. §. 17. *D. de verb. oblig.* in propoſito autem in eam venit fundus venditus, idem qui nunc eſt evictus, & totus, licet deminutus. igitur deminuto fundo evicto, jure non deminuetur evictionis obligatio: quia in hac ſtipulatione non refert, quantus in eam venerit fundus: ſed an venerit. veniſſe autem, negari nequit. quin Papinianus hoc, ne alicui eſſet obſcurum, illuſtrat ſimilitudine fundi aut ſervi qui incuria ſit deterior factus; nec propterea alius habetur, quam fuit, quantumvis mutatis aut minutis aliquibus particulis. Verba Papiniani: *Non magis, quam ſi incuria fundus aut ſervus deterior factus ſit.* At nec huic comparationi adquieſcit Papinianus. præterea addit ſequens argumentum a contrario: *Nam & econtrario non augetur quantitas evictionis, ſi res melior fuerit effecta.* Senſus argumenti eſt: quantitas evictionis non augetur, fundo alluvione meliorato. cur minuetur a flumine ex parte ſublato? exemplum quoque ne deeſſet: Papinianus §. 1. *d. l.* 64. ponit tale. *Quod ſi modo terræ integro qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem acceſſerunt, ac poſtea pro indiviſo, pars quinta totius evicta ſit, perinde pars quinta præſtabitur, ac ſi ſola ducenta de illis mille jugeribus quæ tradita ſunt, fuiſſent evicta: quia alluvionis periculum non præſtat venditor.* Fundo qui tempore traditionis erat mille jugerum, alluvio ducenta jugera adjecit. evicta poſtea pro indiviſo parte quinta totius fundi: quæritur, quodnam tempus pro æſtimanda dupla ſit inſpiciendum, venditionis, quo fuerunt mille jugera, an evictionis, quo erant mille ducenta? Papinianus judicat, partem quintam perinde præſtari oportere, ac ſi ſola ducenta de mille quæ tempore traditionis fuere, evicta eſſent. Qua ratione? hæc eſt; quod venditor emptori actione ex dupla ſaltem præſtat periculum evictæ rei quam habere licere promiſit. ea eſt res vendita. alluvionis autem acceſſio non eſt vendita: ideo nec habere eam licere promiſit venditor, nec alluvionis periculum præſtat. Expoſui *d. l.* 64. *pr. &* §. 1. expuncta menda qua deformatus huc uſque fuit Papinianus. Tranſeo ad §. 2. cujus hæc ſunt verba: *Quæſitum eſt, ſi mille jugeribus traditis, periſſent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attuliſſet, ac poſtea pro indiviſo quinta pars evicta eſſet: pro qua parte auctor teneretur? Dixi conſequens eſſe ſuperioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: ſed perinde teneatur auctor, ac ſi de octingentis illis reſiduis ſolum centum ſexaginta fuiſſent evicta: nam reliqua quadraginta quæ univerſo fundo deceſſerunt, pro rata novæ regionis eſſe intelligi.* Venditus & traditus eſt fundus mille jugerum. huic fundo flumen abſtulit ducenta: ſed mox per aliam partem ei reſtituit alia ducenta. ita eſt rurſus mille jugerum, ſicut ante erat. poſtea evicta pro indiviſo ſunt ducenta, partem jam quintam univerſi fundi efficientia. Quæritur, pro qua parte auctor, id eſt, venditor, emptori de evictione ex dupla teneatur? Papinianus arbitratus, quæſtionem pendere a ſuperioribus, ſuadet conſiderari, quid his conſequens ſit. Dicamus igitur, ducenta jugera quæ flumen abſtulit, non computari in æſtimatione duplæ: quia in ſuperioribus apparuit, non eſſe evicta vitio venditoris, ſed eſſe caſu amiſſa: ideoque non venditoris, ſed emptoris, damno cedere: quando emptori ea habere licuit per venditorem; per flumen non licuit. Similiter putemus, ducenta jugera, quæ flumen fundo per aliam partem reſtituit, non venire in æſtimationem evictæ partis quintæ: manifeſto ex ſuperioribus, venditorem emptori non vendidiſſe alluvione adquiſita, poſt venditionem: ac proinde nec promiſiſſe, ea habere licere. Quid tandem? non eſt conſequens ſuperioribus; ut auctor, ſive venditor, evictionis nomine debeat ducenta jugera, partem quintam mille jugerum, aut partem quartam octingentorum conſtituentia: ſed ut perinde teneatur, ac ſi de octingentis illis ex mille reſiduis ſola evicta fuiſſent centum ſexaginta jugera, partem quintam octingentorum efficientia. Aliquem turbet, quod præter hæc univerſo fundo deceſſerunt quadraginta jugera. Fruſtra: *Nam* (ſic cauſatur Papinianus) *reliqua quadraginta quæ univerſo fundo deceſſerunt, pro rata novæ regionis eſſe intelligi.* Hoc vero ſignificat, quadraginta reliqua, quæ addita jugeribus centum ſexaginta, efficiunt reliqua de evictis ducentis jugeribus univerſi fundi mille jugerum, reputari pro rata regionis novæ, alluvione fundo adjectæ: & ad evictæ partis æſtimationem idcirco non pertinentis. Sequitur §. 3. *d. l.* 64. cujus verba ſunt: *Cæterum cum pro diviſo pars aliqua fundi evincitur, tametſi certus numerus jugerum traditus ſit, tamen non pro modo, ſed*

pro

pro bonitate regionis præſtatur evictio. Senſus ultro claret, & convenit in anteceſſum dictis ex *l.* 1. & *l.* 53. *D. h. t.*

Quæ proxime dixi, obtinent in actione ex dupla de qua ſola diſputat Papinianus in *d. l.* 64. ad actionem ex empto non pertingunt. eſt enim (quod iterum moneo) differentia: quod actio ex dupla eſt ſtricti juris. præterea unum quærit, an in ſtipulationem venerit fundus evictus: non æque an aut quatenus interſit ſtipulatoris, fundum habere tempore evictionis. Aliter eſt in actione ex empto: quæ eſt bonæ fidei; & perſequitur quod emptoris intereſt fundum habere tempore evictionis. intereſt autem ejus, ei præſtari ex æquo & bono quod illi propter evictionem abeſt, quodve lucrari potuiſſet, niſi evictus eſſet. Sic convenit, fundo meliorato, plus præſtari: deteriorato, minus. clare Paulus *l.* 70. *D. h. t.* & *l.* 45. *D. de act. empt.* ac Julianus *l.* 8. *D. h. t.* idemque in actione præſcriptis verbis Papinianus *l.* 66. §. *ult. D. d. t.* Ab eodem fonte indicavi ſupra, actionem ex dupla non obtinere, niſi re in totum, aut ex parte, evicta *l.* 1. & *l. D. d. t.* actionem vero ex empto dari etiam acceſſionis nomine *l.* 11. §. 17. *D. de act. empt. l.* 16. *D. h. t.* Videamus de ſumptibus, ſi qui ſint facti in meliorandam rem evictam. & quidem in actionem ex dupla hos non venire, ſuperioribus conſequens eſt. ſed de actione ex empto quid dicemus? puto, nec in eam venire, re ab emptore poſſeſſa, cum evincitur. nam tum potuit eos a domino rem ſuam evincente repetere per exceptionem doli mali, detractis fructibus a ſe perceptis *l.* 16. *C. h. t.* quod ſi culpa ſua neglexerit exceptionem, aut Judex ejus non habuerit rationem: neutro caſu habet regreſſum adverſus venditorem: ut ſupra dictum.. Sic, ſi emptor rem evictam poſſederit. Quid, ſi ipſe eam a poſſeſſore vindicaverit? jam quia non eſt retentioni locus per exceptionem doli mali: nihil poteſt illi imputari: nec erit alienum a bona fide, emptorem ſumptus a venditore petere actione ex empto, quaſi facientes partem ejus quod intereſt: auctore Paulo *l.* 45. §. 1. *D. de act. empt.* licebitque ſecundum hunc accipere Reſcriptum *l.* 9. *C. h. t.*

Expoſui, quando actio ex dupla, aut ex empto, competat evictionis nomine: etiam quando ceſſet. tantum addendum, quod fere oblitus eram, actionem ex empto denegari ei qui rem alienam ſciens emerit; perinde quaſi eam qualis qualis ſit, emerit ſuo periculo; utique, ſi nihil pactus ſit in caſu evictionis: alioqùin pactum, bonæ fidei contractui in continenti adjectum ei ineſſe, ſatis notum eſt. pone: (quæ eſt ſpecies *l.* 27. *C. h. t.*) quidam Athenocles ſciens comparavit fundum alienum vel obligatum. is fundus ſoluto pretio, eſt evictus; an Athenocles poteſt repetere quod dedit, pretium? ajunt Imperatores, ſi pactus ſit. alioquin hoc poſci contra juris rationem. quid, ſi ignorans alienum fundum comparavit? jam ajunt Imperatores: Deſiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur. Senſus: ſi ignorans comparavit alienum: repetenti id quod dedit, negari jus non ſinit: cum præſertim (quod addo: quia priora tantum ſunt Reſcripta ad quæſtionem libello comprehenſam) ex ea etiam agere poſſit ad id quod intereſt.

Superiori quæſtioni vicina eſt ſequens, quid juris ſit, venditore pacto, ne evictio præſtetur. Eam quæſtionem tractat Ulpianus *l.* 11. §. *ult. D. de act. empt.* ſed quia obſcurius, non denegabo ei explicationem. Quærit, quid debeat præſtare, qui vendidit habere licere: id eſt, qui vendidit ſub ſtipulatione habere licere. & ait, intereſſe, utrum polliceatur, per ſe venienteſque a ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. ne exſpectes, explicari diſtinctionis partem poſteriorem quæ eſt, habere licere per omnes. eam Ulpianus non attingit. nec ipſe hic attingam; quia jam expoſui in anteceſſum. quod vero attinet ad priorem, qua venditor promiſit, per ſe non fieri: is videtur Ulpiano quidem promiſiſſe, ne ipſe evincat: at non æque, ne alius evincat. proinde, inquit, ſi evicta res erit; id eſt, ſi per alium erit evicta; venditor eo nomine ex ſtipulatu non tenebitur, interpoſita ſtipulatione: neque ex empto ad id quod intereſt, ſi ſtipulatio nulla intervenit. De pretio ambigitur, ſi forte ſolutum ſit. ait vero Ulpianus Julianum ſequutus, etiamſi aperte pronunciet venditor, ſive in venditione dicat, per ſe heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat, poſſe defendi, eum ex empto non quidem in hoc, quod emptoris intereſt, teneri: verum tamen ut pretium ei reddat, teneri. idemque eſſe, ſi in venditione aperte comprehendatur, id eſt, ſi in venditione expreſſe pactum conventum ſit, nihil evictionis nomine præſtatum iri: nam tum adhuc deberi pretium: utilitatem, id eſt, id quod intereſt, non deberi: ipſa æquitate conventioni tam injuſtæ reſiſtente: idque opinor ſignificari; cum ait, bonæ fidei contractum non pati hanc conventionem: ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret. Aliquis dicat, (hanc objectionem ipſe ſibi fecit Julianus, & ex eo Ulpianus) tali conventione agi: ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: velut fit, cum jactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etſi nihil capitur, nihilominus emptor pretium præſtare neceſſe habet. Sed ea objectio Ulpiano diſplicet: exiſtimanti, a diverſis non recte fieri illationem: ideoque in ſupra dictis conventionibus contra dicendum eſſe, ceſſare præſtationem utilitatis, id eſt,

ejus

ejus quod intereſt: pretii non ceſſare. Si tamen ſciens alienum vendidit: tunc placet Ulpiano, ſecundum relatam Juliani ſententiam, eum, quia dolo malo facit, ex empto teneri ad id quod intereſt.

Antequam hinc diſcedam, non diſſimulabo ſequentem litem; utrum in ſimplice tantum venditione locum habeat de evictione actio; an etiam re mancipio tradita. Hoc negat Vir ſummus, Jacobus Cujacius, *Paratitl. C. h. t.* & *lib.* 21. *Obſerv. c.* 15. & ſequutus eum Claudius Salmaſius, *De uſuris c.* 8. at tam confuſe & a ratione Juris tam remote uterque; ut merito mirer, Viros Doctos & nobili fama, eam ſententiam tenuiſſe ſerio. non foret mihi difficile, eam erroris convincere: ſed prævenit diligentiam meam Collega meus, Antonius Schultingius, Vir Clariſſimus, *Notis* ad Paulum *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 3. & ante Deſiderius Heraldus *lib.* 2. *Animadverſ. in Salmaſ. Obſerv. ad jus Attic. c.* 2.

TITULUS III.

De exceptione rei venditæ & traditæ.

Superior Titulus emptori re evicta dedit actionem. præſens dat exceptionem: eamque vocat exceptionem rei venditæ & traditæ. Caſum Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ex Marcello talem ponit: ſi alienum fundum vendideris, & tuum poſtea factum petas. & ait, in eo te poſſe hac exceptione recte repelli. Ea exceptio ab Ulpiano *l.* 17. *D. de evict.* alio nomine dicitur doli mali. nec dubitat Ulpianus, eſſe juſtiſſimam: ſi venditor rem quam ipſe vendidit, deinde vindicet, quamvis dominium alio jure quæſierit: improbe enim conari, rem a ſe diſtractam evincere: in qua utique eum oportet bonam fidem præſtare. Eadem ratione Paulus *l.* 10. *D. de diſtract. pign. Et ſi is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non poteſt, tamen non eſſe audiendum creditorem, qui fundum vendidit, ſi velit ejuſdem rei ex alia cauſa quæſtionem movere.* Igitur quid eſt? ſolum reſtat, quod Ulpiano in *d. l.* 17. placet, emptorem eligere, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem eliſa; an potius re ablata, ex cauſa ſtipulationis duplum conſequi.

LIBER VIGESIMUSSECUNDUS.

TITULUS I.

De uſuris, & fructibus, & cauſis, & omnibus acceſſionibus, & mora.

SERIEM hujus Tituli inveſtigantibus, non eſt alia reddenda ratio, quam in ſuperioribus atuli jam aliquoties. nunc ſolum addam: quod primam Tituli partem de uſuris, & ultimam de mora, olim expoſui libris *De fœnore & uſuris.* de tribus reliquis nuper diſſerui cum alibi, tum præſertim *lib.* 6. *tit.* 1. *De rei vindicatione.* ſed hic Titulus, quod ad unam ſpectabat arbitrariam in rem actionem, (talis enim eſt rei vindicatio) tantum indicabat, oportere petitori in ea, ſicut in bonæ fidei judiciis, officio Judicis præter rem petitam, etiam cauſam reſtitui: id eſt, omne quod habiturus foret, ſi eo tempore quo judicium accipiebatur, ei ea res a poſſeſſore reſtituta fuiſſet.

In actionibus in perſonam maxime ſtricti juris idem obſervari, non placuit jure civili ab initio, forte ob anguſtam earum formulam. prævalente tamen æquitate, hoc poſtea & in his æque receptum eſſe, atque in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, certus auctor eſt Paulus *l.* 31. *D. de reb. credit.* verbis ſequentibus: *Cum fundus vel homo per condictionem petitus eſſet, puto, hoc jure nos uti, ut poſt judicium acceptum cauſa omnis reſtituenda ſit: id eſt, omne quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore ſolutus eſſet.* Sermo Pauli eſt de actione in perſonam ſtricti juris: in eaque cum ait, *hoc jure nos uti*, ſignificat, poſt aliquas variationes, in ea hoc fuiſſe adverſus regulas juris receptum; ut poſt judicium acceptum, id eſt, poſt litem conteſtatam, actori reſtituenda ſit cauſa omnis. Huc ire eam locutionem, antehac probavi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. *& ſæpe alias.* Nec jam dubito, quin eodem pergat Papinianus *l.* 2. *D. h. t.* dicens, *Vulgo receptum eſſe*: id eſt, paſſim jam eſſe receptum adverſus jus civile. Quid? *Ut quamvis in perſonam actum ſit*, (puta generaliter atque indiſtincte) *poſt litem tamen conteſtatam cauſa præſtetur.* Qua ratione? optima hac: *Quoniam quale eſt, cum petitur, tale dari debet.*

Hæc cur tam ſollicite? nimirum, quia ſic diſcitur, etſi Titulo 1. libri VI. *De rei vindicatione* quæ eſt arbitraria in rem actio, & alibi per occaſionem ſit tractatum de cauſis,

fructibus, & acceſſionibus rei petitæ Judicis officio præſtandis: in præſente tamen de his, quantum ad actiones in perſonam attinet, qualeſcumque ſint, non fruſtra agi in *l.* 38. tum in *l.* 3. §. 1. in qua hæc extant Papiniani verba: *In his quoque judiciis quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam cauſa præſtanda eſt.* Papiniani ſententia eſt, in omnibus in perſonam actionibus non modo arbitrariis aut bonæ fidei, ut olim: ſed etiam, ſi non ſint arbitrariæ, aut bonæ fidei, verum ſtricti juris, receptum eſſe, ut actori officio Judicis poſt litem conteſtatam præſtetur non tantum res petita, ſed omnis quoque cauſa rei: conſequenter percepti fructus; addo partus *d. l.* 2. *h. t.* qui ut proprie non putentur fructus, at a cauſa non ſeparantur *l.* 17. §. 1. *&* *l.* 20. *D. de rei vindic.* Igitur ſic in omnibus ſervatur tandem in perſonam actionibus. nec tamen vel in his ſilendum diſcrimen, quod in judiciis bonæ fidei & arbitrariis, Papiniani opinione, omnis cauſa etiam ante litem conteſtatam præſtatur ex mora *l.* 3. *D. h. t.* imo omnimodo, ut monet Paulus *l.* 38. §. 15. *d. t.* id eſt, etiam ſine mora. ſed in ſtricti juris judiciis tantum poſt litem conteſtatam. ſic enim vulgo receptum fuiſſe, cum ex ipſo oſtendi Papiniano *d. l.* 2. tum ex Paulo *d. l.* 31. *D. de reb. cred.* *&* *l.* 8. *D. de re judicat.* Et tamen aliter eſt, ſi actio ſtricti juris procedat ad repetendum quod actoris aliquando fuerit, quamvis nunc non ſit: ut in indebiti condictione, & condictione ob cauſam dati cauſa non ſequuta, ſuis locis eſt obſervatum ex *l.* 15. *l.* 65. §. 7. *D. de condict. indeb.* *&* *aliis.* Utique promiſſa mihi ſtipulatione re, quæ mea non fuit, me fructus officio Judicis in actione ex ſtipulatu, propter moram, conſequi, Paulus negat: ſed ſi acceptum ſit judicium, tunc putat, me illos ſecundum Sabinum & Caſſium ex æquitate conſequi *l.* 38. §. 7. *D. d. t.*

Recedam ab hoc loco, unum ſi addidero, proxime dictum de cauſa, & fructibus, ac partu, in actionibus ſtricti juris Judicis officio præſtandis a tempore litis conteſtatæ, ad uſuras non pertingere. Eſt id veriſſimum; nec poteſt fortiore evinci argumento, quam eſt ſequens; quod uſuræ, niſi ſtipulatione promiſſæ, jure civili fuere incognitæ: donec Conſtitutione Divi Pii officio Judicis ex mora ſunt introductæ: ſed in ſolis bonæ fidei judiciis. addo, & legatis ac fideicommiſſis; non in aliis item judiciis ſtricti juris: ideoque non ſolitæ in his, ſi ante litem conteſtatam non cucurrerunt, lite conteſtata incipere currere. Sed de his *lib.* 2. *De fœnore & uſuris c.* 6. *& c.* 12. ſcripſi jam talia multa, ante non vulgata ab aliis. nec hic verbum addo.

TITULUS II.

De nautico fœnore.

In hoc Titulo qui eſt ſuperioris portio, quædam ſunt intellectu difficilia, quædam etiam corrupta; ſed ea emendavi & illuſtravi meo more *lib.* 2. *De fœnore & uſuris c.* 7. quam recte, tu judica.

TITULUS III.

De probationibus & præſumptionibus.

Ratio poſiti hoc loco Tituli, De probationibus & præſumptionibus, poteſt hæc videri: quod poſt contractus eorumque acceſſiones, de quibus actum in ſuperioribus, etiam neceſſaria viſa eſt eorum probatio: propterea quod a facto pendentes, niſi probentur, nulli ſunt.

Eſt autem probatio, fides legitima quam Judici de re controverſa facit is qui dicit. Primum volo, probationem eſſe fidem: & movet, quod eſt unus probationis finis, perſuadere, id eſt, fidem facere. inde fides inſtrumentorum, & fides teſtium. Recte igitur definitio probationem vocat fidem, ſed legitimam: quomodo Paulus *l.* 25. *D. h. t.* legitimas dicit probationes: arbitratus, non ſufficere quales quales: ſed legibus moribuſque receptas. Præterea ait definitio, probationem præſtare fidem rei controverſæ. nec hoc fruſtra: nam quod ultro liquet, non eget probatione. Commode Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* 12. *In rebus apertis argumentari tam ſit ſtultum, quam in clariſſimum ſolem mortale lumen inferre.* Porro definitio, jubens rem controverſam probari, eam ſignificat rem de qua lis eſt: maxime cum eſt de facto *l.* 16. *C. h. t.* Exempla in *l.* 6. *&* *l.* 23. *D. h. t.* licebitque his jungere ſequentem Martialis obſervationem ex *lib.* 6. *Epigr.* 19.

Non de vi, neque de cæde, nec veneno,
Sed lis eſt mihi de tribus capellis.
Vicini queror has abeſſe furto.
Hoc judex ſibi poſtulat probari.

Quod ad jus attinet, hoc eſt finitum & certum *l.* 2. *D. de jur. & fact. ignor.* ita non eget probatione: quin eſt officium Judicis, ſupplere, ſi quid deſit advocatis hac in parte *l. unic. C. Ut quæ deſunt advocatis.* Eſt tamen interdum & jus probandum, præſertim ſingulare, ut eſt exemplum *l.* 5. *D. h. t.* item jus non

non ſcriptum: nam id conſtat tacita Populi voluntate, non aliter intelligenda, quam demum moribus diuturnis & actuum frequentia: id eſt, ex facto. ſed de hoc dictum ſupra *lib.* 1. *Tit.* 3.

Inſuper ait definitio, probationem incumbere ei qui dicit; non qui negat. idque Paulus confirmat *l.* 2. *D. h. t.* & exemplum ponit in *l.* 5. *d. t.* Ab ea, inquiens, parte quæ dicit, adverſarium ſuum ab aliquo jure ſpecialiter eſſe prohibitum lege vel conſtitutione, id probari oportet. Probat igitur ſine dubio actor: quia is plerumque dicit, ſibi deberi, ſuumve eſſe quod petit: reus negat *l.* 2. *C. h. t.* Poteſt tamen evenire, ut reus dicat: eoque caſu tam eum, quam actorem, probare, quod intendit, Severus & Antoninus obſervant *l.* 1. *C. h. t.* his verbis: Ut creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rurſum debitor qui ſolutam affirmat, ejus rei probationem præſtare debet. Similiter Ulpianus *l.* 19. *D. h. t.* In exceptionibus, inquit, dicendum eſt, reum partibus actoris fungi oportere; ipſumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta, ſi pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum eſſe. Sic, ſi quid affirmet reus. at ſi negat, ut dixi, actoris probatio eſt: rei non eſt. idque adeo verum eſt; ut in *l.* 4. *C. de edendo* Epaphrodito cuidam ſic reſcribat Antoninus: Actore non probante, qui convenitur, etſi nihil ipſe præſtat, obtinebit. Et Antonino convenienter Diocletianus ac Maximianus, Actor, inquiunt, quod adſeverat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit. Et cauſantur illi Imperatores: quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla eſt. Veriſſime: quid enim eſt negatio? nihil. atqui quod non eſt, probari, id eſt, monſtrari, nulla via poteſt. contra quod affirmatur, in facto ponitur, & ut poteſt, ſic debet, probari. Sed hoc traditum *l.* 10. *C. de non numerat. pecun.* Illud prætermitti non oportet, quod aliquando quæ prima facie videtur negatio, interius ſpectata, implicitam habet affirmationem: ideoque probari debet, quaſi pro affirmatione cedat magis, quam pro negatione. Ab hac cauſa reſpondit Paulus *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipſum præſtare debere. Nempe negans, emancipationem recte factam, vi ipſa dicit, in ea vitium eſſe. hoc igitur probare eum, æquum eſt. Similiter ait Paulus *l.* 8. *D. d. t.* Si filius in poteſtate patris ſe eſſe neget, Prætorem cognoſcere, ut prior doceat filius. duplice ratione: una eſt, quia pro pietate quam patri debet, hoc ſtatuendum eſt: altera eſt, quod ſe liberum eſſe quodammodo contendit, id eſt, quodammodo contendit, ſe de patria poteſtate eſſe demiſſum: cum naturaliter ſit in patris poteſtate. addit Paulus, Ideo & qui ad libertatem proclamat, priorem docere juberi.

Quærentibus porro, cui ſit probandum; opportune reſpondet definitio, probari oportere Judici, idcirco ſio cauſa ſedenti; ut in facto de quo ambigitur, ſine affectu pronunciet, quid verum, quid parum probatum, arbitretur. adverſario probari nihil attinet: ſemper, ne ſolvat aut reſtituat quod petitur, negaturo, ſibi liquere. igitur probandum Judici, ſecundum acta & probata judicaturo. clare Ulpianus *l.* 12. *D. h. t.* & Antonius *l.* 1. *C. de condict. ob turp. cauſ.* etiam Martialis loco paulo ante appoſito.

Hac ratione fuit in formulis, Si paret, condemna. Nec male hinc inferam, ſi quæratur, quando facienda ſit probatio, de ea cogitari poſt litem conteſtatam: nam inde initium trahit notio Judicis a Prætore juſſi de facto judicare: ut traditum a me *lib.* 1. *De juriſd. & imper. c.* 13. Vix opus ſubjicere, quo ordine ſuam intentionem cum actor, tum reus, probare debeat. nam cum monſtratum jam in anteceſſum ſit, actore non probante, reum abſolvi, etſi nihil ipſe præſtet: ultro ſequitur, eum non teneri probare; niſi poſtquam actor ſuam intentionem implevit. Sed hoc certum ex *l.* 19. *C. h. t. & l.* 9. *C. de except.*

Tempus eſt cogitare de modis quibus fiat probatio, Judici præſtitura fidem legitimam: quam deſideravit ejus definitio. Et refert Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* 1. Veteres conſenſo fere iviſſe in ſententiam Ariſtotelis, probationem facientis duplicem, aliam artificialem, aliam inartificialem. illa apud noſtros præcipue fit inſtrumentis aut teſtibus. illa argumentis, indiciis, ſignis. ac neſcio an hæc illi confundant: præſumptiones uno nomine appellantes, quamvis ſingula diſtinguat Quintilianus. utique præſens Rubrica eſt *De probationibus, & præſumptionibus*: unam ſpeciem jungens generi. ſequentes Tituli ſunt *De fide inſtrumentorum*, & *De teſtibus*: quibus altera conſtat ſpecies. Jam vero eadem diviſio in *l. ult. C. h. t.* ſic exprimitur: *Sciant cuncti accuſatores, eam ſe rem deferre in publicam notionem debere quæ munita ſit idoneis teſtibus, vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita.* Conſtat igitur artificialis probatio ſecundum noſtros præſumptionibus. Præſumere vero apud Virgilium *lib.* xi. *Aeneid. verſ.* 18. & Juſtinum *lib.* 6. *c.* 2. item *lib.* xi. *c.* 5. eſt, conjicere. Inde præſumptio eſt conjectio, ſive opinio ſumpta ante, quam alicunde eſt aperta & demonſtrata veritas. Hæc propria præſumptionis ſignificatio: ſed latius patet ſub hoc Titulo: argumenta, indicia, ſigna complectens. Cæterum artificialis hæc probatio conſtans, ut dixi, argumentis, indiciis, ſignis, id eſt, præſumptionibus, Ciceroni *lib.*

1. *De invent. c.* 29. duplex: probabilis aut neceſſaria. Quintiliano *d. lib.* 5. *c.* 8. *&* 10. eſt triplex: alia neceſſaria, alia credibilis, alia non repugnans. Neceſſariæ mentio in *l. ult. C. h. t.* ait autem Cicero *d. loc.* neceſſarie demonſtrari quæ aliter ac dicuntur, nec fieri, nec probari poſſunt: & ponit exemplum hoc modo, ſi peperit, cum viro concubuit. etiam poteſt exemplum peti a Juſtiniano *l.* 14. *C. de contrah. ſtipul.* id exemplum eſt: ſi res dicatur inter præſentes eſſe acta: & alter liquidis ac manifeſtis probationibus oſtendat, eo tempore ſe vel adverſarium ſuum alio in loco fuiſſe. quod ut eſt, ita Ciceroni quoque *d. loc.* viſum, certiſſimum. Verba Ciceronis ſunt: *Simplex concluſio ex neceſſaria conſecutione conficitur hoc modo. Si vos me iſtud eo tempore feciſſe dicitis, ego autem eo ipſo tempore trans mare fui, relinquitur, ut id quod dicitis, non modo non fecerim, ſed ne potuerim quidem facere.* Credibilis præſumptio, ſeu probabilis argumentatio unde deſumatur, Cicero *d. lib.* 1. *c.* 30. ita definit: *Probabile eſt id quod vere fieri ſolet, aut quod in opinione poſitum eſt, aut quod habet in ſe ad hoc quandam ſimilitudinem, ſive id falſum eſt, ſive verum.* Exempla ibi videre licet. Effectus ejus, onus probandi transferre in adverſarium; & pro veritate haberi, donec contrarium liqueat: eo probato, ſupervacua præſumptio. Exemplum egregium in *l.* 6. *D. de his qui ſunt ſui vel alien. jur.* quam expoſui *lib.* 1. *Tit.* 6. Aliud non minus pulchrum in *l.* 24. *D. h. t.* jam explicitum *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 2. Poſſint hæc ſufficere. non prætenbo tamen *l.* 12. *D. h. t.* ſpecies talis: Teſtator in teſtamento dixit, velle ſe alicui dari quingenta. idem ſcripſit in codicillis poſtea ſcriptis. legatarius bis petit quingenta: quod dicit, bis eſſe data: primum in teſtamento, deinde in codicillis. contra dicit heres, non bis, ſed ſemel deberi; & cauſatur, teſtatorem in codicillis tantum repetiiſſe quod dixerat in teſtamento: quia fuerat oblitus, ſe in teſtamento legaſſe. jam multum referre; duplicare legatum voluerit, an repetere. Igitur cum eſſet lis de voluntate teſtatoris: quæſitum fuit, ab utro exigenda eſſet ejus probatio? ait Celſus, prima fronte videri æquius, petitorem probare quod intendit. rurſus cogitat, etiam a reo, ſi quid intendat, probationes exigi: & eſſe exemplum, ſi creditum petam, ille reſpondeat, ſolutam eſſe pecuniam; ipſum hoc probare cogendum eſſe. Atque in hanc partem inclinat Celſus: arbitratus, ex duplicatis ſcripturis eſſe præſumtionem pro duplicatis legatis. igitur cum petitor duas oſtendit ſcripturas; heres poſteriorem inanem eſſe dicit; ipſum heredem id adprobare Judici debere. Superiori exemplo addam aliud ex *l.* 9. *D. h. t.* Ecce: aliquis pactus eſt, Ne petatur. in inſtrumento pacti non eſt inſerta heredis mentio. contra eſt ſcriptum: Profiteor, te non teneri: quæ eſt ſpecies *l.* 40. *D. de pactis.* dubitatur; utrum ſit perſonale pactum, an reale: quia dubitatur, utrius ſit probatio, quid actum ſit. nam ut actor ſuam intentionem, ſic reus ſuam exceptionem, probare debet. Ait tamen Celſus, pro reo ſtare præſumptionem: arbitratus, eum voluiſſe, non tantum ſibi, ſed heredi quoque ſuo, prodeſſe: communi hominum more, plerumque tam heredibus ſuis, quam ſibi, caventium. proinde de ipſo dumtaxat, ac non de herede quoque ejus conveniſſe, petitorem, non qui excipit, probare debere. plura ad *d. l.* 9. dedi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* IV. Porro putavit Ulpianus *l.* 22. *D. h. t.* eſſe notatu non indignum, *Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.* Qua ratione? quia unuſquiſque, utique ſapiens, debet præſumi, quod agit, cum ratione agere: ideoque in eo quod putavit ſibi bonum aut utile eſſe, perſeverare, donec ei occurrat quid aut utilius aut melius: alioquin quam habet cauſam a priore voluntate recedendi? ea igitur ſi apparet; eſt, cur voluntas mutata videri poſſit. ſi non apparet; quæ ante fuit, perduraſſe intelligi debet. ſic oportet eum qui voluntatem mutatam dicit, id probare. Atque hoc & Papiniano viſum *l.* 3. *D. h. t.*

Tertia præſumptionis ſive argumentationis ſpecies eſt non repugnans. ſic vocata, quia ejus vis conſiſtit intra levem ſuſpicionem; atque ut faciat qualem qualem motum in animo Judicis, non efficit tantum, ut valeat ad probationem. Egregie Arnobius *lib.* 2. *Adverſ. gent. p.* 80. *Quid eſt autem ſuſpicio, niſi opinatio rerum incerta, & in nil expoſitum jaculatio mentis illata. Ergo qui ſuſpicatur, non tenet, nec in lumine poſitus cognitionis incedit.* Exemplum Quintiliano: Aliquis dicitur furtum feciſſe: hoc argumento, quod in domo fuit tempore furti facti. an eo probatum furtum? atqui ut potuerit facere furtum, & videantur quædam fuiſſe ad malefaciendum invitamenta, non idcirco fecit furtum. non enim (quod optime Apulejus *Apolog. p.* 318.) omnia quæ fieri potuerint, pro factis habenda. oneratur igitur ſic ſuſpicione; ſed non convincitur. Simile exemplum apud Scævolam in *l.* 29. §. 1. *D. h. t.* Mulier gravida a marito repudiata, eo abſente peperit filium, eumque in actis profeſſa eſt ſpurium. de his profeſſionibus vide tradita ſupra ſub Titulo, *De minoribus.* & a Briſſonio *lib.* 1. *Select. antiq. c.* 5. Quæſitum, an ille filius ſit in patris poteſtate, & ejus juſſu poſſit adire hereditatem matris inteſtatæ mortuæ? dubitatio in eo vertitur; utrum ſit legitimus, an ſpurius. nam mater profeſſa eſt ſpurium. contra adfertur, quod fecit abſente viro, atque irata. hoc conſideravit Scævola: ideoque reſpondit, veritati locum ſuperfore. ſenſus Scævolæ huc exit, matris profeſſionem quidem facere ſuſpicionem; ſed levem: ita nihil efficere,

utique

Digitized by Google

utique in præjudicium filii & mariti, præſertim abſentis. tum poſſit videri per falſam feciſſe profeſſionem. Aliud in *l.* 27. *D. h. t.* in qua hæc ſunt verba Scævolæ, *Qui teſtamentum faciebat, ei qui uſque ad certum modum capere potuerat, legavit licitam quantitatem.* Scævola in his verbis reſpicit ad Legem Juliam & Papiam: quæ (ut in *l.* 36. *D. de mort. cauſ. donat.* ait Ulpianus, monſtrante Inſcriptione) orbo, verbi gratia, conceſſit modum certum ad capiendum. Merillius aliter: malens, Scævolam accipere de modo Lege Cincia præſcripto. Sed Merillium erudite refutat Brummerus *Comm. ad Leg. Cinc. c.* 6. *& c.* 12. quem non deſcribo. tu eum, ſi lubet & vacat, vide. Meo inſtituto ſufficit: quod teſtator apud Scævolam volens perſonæ incapaci plus legare, quam per Legem licebat, ei quantum poterat legavit: & deinde ita locutus eſt: *Titio centum do lego quæ mihi pertulit, quæ ideo ei non cavi, quod omnem fortunam & ſubſtantiam, ſi quam a matre ſuſceperat, in ſinu meo habui, ſine ulla cautione item eidem Titio reddi & ſolvi volo de ſubſtantia mea centum quinquaginta, quæ ego ex reditibus prædiorum ejus, quorum ipſe fructum percepi & diſtraxi: item de Kalendario, ſi qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* Certum eſt, tale legatum, ſi adjecta ei in fraudem Legis eſt falſa cauſa, non valere jure legati. Sed quæritur, an ad probationem debiti ſufficiat teſtatoris confeſſio; ut vel hoc nomine poſſit a Titio exigi. cauſa quærendi; quod incapaci debitum a teſtatore legari nihil vetat? Scævola ait, a Titio poſſe exigi; ſi probet, omnia ex ratione ſua ad teſtatorem perveniſſe. Scævolam non fugit qualis qualis ex confeſſione teſtatoris nata ſuſpicio. ſed hanc in ſumma nihil operari exiſtimat: contraria præſumptione, teſtatorem hæc in teſtamento, eo quod ille non poterat plus capere, in fraudem Legis adjeciſſe. Sed apparet, præſumptionis quam non repugnantem dixi, cum ſola eſt, nullam vim eſſe: ut ut faciat in animo Judicis ſuſpicionem. nec tamen id impedit, quo minus cum aliis concurrens poſſit ſufficere ad probationem. Notavit hoc Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* 8. Verba Quintiliani. *Alia ſunt ſigna non neceſſaria quæ* εἰκότα *Græci vocant: quæ etſi ad tollendam dubitationem ſola non ſufficiunt, tamen adjuncta cæteris, plurimum valent. Signum vocant, ut dixi,* σημεῖον, *quanquam id quidam indicium, quidam veſtigium nominaverunt per quod alia res intelligitur, ut per ſanguinem cædes. at quia ſanguis vel ex hoſtia reſperſiſſe veſtem poteſt, vel e naribus profluxiſſe: non utique qui veſtem cruentam habuerit, homicidium fecerit. Sed ut per ſe non ſufficit, ita cæteris adjunctum, teſtimonii loco ducitur, ſi inimicus, ſi minatus ante, ſi eodem loco fuit: quibus ſignum cum acceſſit, efficit, ut quæ ſuſpecta erant, certa videantur.* Simile quid in fama. de qua quid in utramque partem dici poſſit, tradit Quintilianus *d. lib.* 5. *c.* 3. Breviter ſic Virgilius *lib.* 4. *Aeneid. verſ.* 188. *Tam ficti pravique tenax, quam nuncia veri.* Ita levis ejus fides, nec ultra ſuſpicionem, ſi ſola ſit: quod ſi velut conſentiens ſit, confirmat rei de qua quæritur fidem *l.* 3. *§.* 2. *D. de teſtibus.* nec jam fama appellatur, ſed veritas. optime Tertullianus *Apologetic. c.* 7. *pag.* 82. *Quid? quod ea illi* (famæ) *conditio eſt, ut non niſi cum mentitur, perſeveret. Et tamdiu vivit, quamdiu non probat. ſiquidem ubi probavit, ceſſat eſſe, & quaſi officio nunciandi functa, rem tradit, & exinde res tenetur, res nominatur.* Aliud exemplum in *l.* 26. *D. h. t.* Procula cum fratri deberet pecuniam, ab herede conventa, recuſat ſolutionem: quod dicit, a fratre ſibi invicem deberi fideicommiſſum; idque cum eo quod debet compenſari oportere. heres reſiſtit compenſationi: quod dicit, fideicommiſſum fratri eſſe remiſſum, ideoque deberi deſiiſſe. id vero probat variis conjecturis. prima eſt, quod Procula fideicommiſſum a fratre, quamdiu vixit, numquam petiit: petitura procul dubio, niſi remiſiſſet: in primis cum eſſet fideicommiſſum magnæ quantitatis. accedit, quod remiſſioni potuit cauſam dare benevolentia ex conjunctione ſanguinis inter fratrem & ſororem non improbabilis. tertia conjectura eſt: quod Procula cum fratre, dum viveret, rationes expunxit; & cum liqueret, ejus rationem debere rationi fratris, illi quod debebat, ſolvit: non ſolutura; ſi putaſſet, invicem ſibi a fratre eſſe debitum. quarta conjectura eſt; quod id non ex una fecit cauſa, nec ſemel; ſed variis ex cauſis, & ſæpe. Vides argumenta, ſingula imbecilla ad probationem: interim juncta valent; & mutuo auxilio ſuſtinentur: quia multa ſunt, & ad ejuſdem rei probationem omnia ſpectant. Sic Quintilianus *lib.* 5. *c.* 12. addit poſt in alia ſpecie, Singula levia ſunt, & communia, univerſa vero nocent, etiamſi non ut fulmine, tamen ut grandine. quid igitur eſt? ait Papinianus, D. Commodum, cum ſuper eo negotio cognoſceret, non admiſiſſe compenſationem, quaſi tacite fratri fideicommiſſum fuiſſet remiſſum.

TITULUS IV.

De fide inſtrumentorum & amiſſione eorum.

Age, nunc tractemus de probatione inartificiali: quam fide inſtrumentorum & teſtium contineri, noſtri voluerunt. Paulus *l.* 1. *h. t.* Inſtrumentorum, inquit, nomine omnia accipienda ſunt quibus cauſa inſtrui poteſt: & ideo tam teſtimonia, quam perſonæ, inſtrumentorum loco habentur. Sic Paulus: latius ſumpto vocabulo. at ſub hoc Titulo anguſtior inſtrumentorum ſignificatio eſt; tantum complectens ſcripturas ad fidem rei geſtæ faciendam confectas. eas deſignat Gajus *l.* 4. *D. h. t.* Fiunt, inquiens, ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit. Addit Gajus, ſine his valere quod actum eſt, ſi habeat probationem: & utitur exemplo, ſicut nuptiæ ſunt, licet teſtatio ſine ſcriptis habita eſt. Similiter in *l.* 9. *C. h. t.* dicitur, Inſtrumentis etiam non intervenientibus, ſemel diviſio recte facta non habetur irrita. Eſt autem id maxime verum, niſi in contrahendo pactum conventum ſit, ut ſcriptura fiat. tum enim non erit perfectus contractus: niſi illa omnibus modis perfecta atque abſoluta. prorſus ut pœnitentiæ interim ſit locus, atque impune: niſi arrhæ intervenerint *l.* 17. *C. h. t.* Pertinent igitur ſcripturæ tantum ad probationem rei geſtæ: ad ejus ſubſtantiam non pertinent. Et conſequenter optime ſic Diocletianus & Maximianus *l.* 10. *C. d. t.* Cum inſtrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat: conſequenter amiſſis etiam quæ interceſſerant, non tolli ſubſtantiam veritatis placuit. utique, (quod ſubjicitur *l.* 13.) ſi aliis indubiis probationibus probari poſſit.

Quod attinet ad formam conficiendi inſtrumenta, de ea extat Conſtitutio Imp. Juſtiniani *Novell.* 47. *c.* 1. jubens, eos quicumque geſtis miniſtrant, ſive in judiciis, ſive ubicumque conficiuntur acta, & tabelliones qui omnino qualibet forma documenta conſcribunt, id obſervare; ut primum ponant annum imperii Imperatoris, tum nomen Conſulis qui in eo anno ſit, dein indictionem, item menſem & diem quo conſcriptum ſit inſtrumentum. ac ſi qui ſint Orientis habitatores qui inſtrumentis ſuis præterea velint inſerere annum quo condita ſit civitas in qua vivunt, ne id quidem ipſis invidet. De invocatione nominis Divini quæritur, an vel eam præmitti Imperator velit? putavit inter alios Bernardus Waltherus V. Cl. *lib* 2. *Miſcellan.* *c.* 1. voluiſſe præmitti; &, ſi omiſſa ſit, pro nullo haberi inſtrumentum. Sed auſim certare vel depoſito pignore, quod Waltherus putavit, numquam cogitaſſe Juſtinianum. Scio: ille provocat ad ſequentia Imperatoris verba: *Et inchoetur mox*, auctore Deo, *a præcedente prima indictione.* Fruſtra: non enim referenda ſunt hæc verba ad formulam inſtrumenti: ſed ad id quod a Juſtiniano eſt de ea conſtitutum, huc ſpectant, ac de eo loquuntur. ſenſus hic eſt: Et inchoetur mox hæc Conſtitutio, ſive quod hic cooſtitutum eſt, a præcedente prima indictione. quo modo? ait, *Ita quodammodo eis ſcribentibus*: id eſt, hac formula, quæ ſequitur: *Imperii Juſtiniani, ſacratiſſimi Auguſti & Imperatoris anno* 11. *poſt conſulatum Flavii Beliſarii Clariſſimi Viri anno* 2. *die autem tot*, *& tot. cal.* Sed apparet, in hac formula quam obſervari jubet Imperator, non poſita invocatione Divini nominis, eam a Juſtiniano in inſtrumentis nullam deſiderari, nec eſſe neceſſariam.

Nunc de fide inſtrumentorum diſputabo. ea non eſt par omnium. nam quædam ſunt publica, quædam privata. publica vero vel publice facta, (quæ vere publica: ut libri cenſus, monumenta publica *l.* 10. *D. de probat.*) vel publice confirmata, quæ quaſi publica appellantur; & eſt exemplum io *l.* 11. *C. Qui potior. in pign.* item ſi quod factum ſit a Tabellione. privata inſtrumenta inter alia ſunt chirographa, epiſtolæ, annotationes privatæ & domeſticæ. Effectus publicorum inſtrumentorum, plenam facere fidem *l.* 15. *&* 11. *C. h. t.* etiam majorem, quam teſtes *d. l.* 10. *D. de probat.* In privatis duo quæruntur: primum eſt, an debeat ſcribenti fides haberi contra ſe: alterum eſt, an ei debeat credi ſcribenti pro ſe. quod ad primum attinet; intereſt, utrum ſcripturæ adfuerint teſtes, an non. priore caſu non eſt dubium, quin ſcribenti habenda ſit adverſus ſe fides, teſtibus ſcripturam adjuvantibus: poſteriore caſu contra eſt, ſi quidem indiſcreta ſit ſcriptura: id eſt, ſi non contineat debendi cauſam. at ſi diſcrete loquatur, id eſt, ſi in ea expreſſa ſit debendi cauſa; non eſt, cur ei credi non debeat: niſi contrarium evidentiſſime probetur *l.* 25. §. *ult. D. h. t.* Hoc: ſi is qui ſcripſit, ſuam adgnoſcat manum; confeſſus, ſe ſcripſiſſe. quod ſi inficietur, ſolet literarum comparatio inſtitui ex ſimilibus ejus ſcriptis, publicis, vel privatis, jure jam ante Juſtinianum recepto. ſed is id coërcuit *l.* 20. *& Auth. ſeqq. C. h. t.* vetans, literarum comparationem fieri; niſi ex ſcriptura, habente ſubſcriptionem trium teſtium. Secunda quæſtio eſt, an ſcribenti habenda ſit fides pro ſe? Sed non placet: & clara ratione, quod eſt exemplo perniciosſum, aliquem ſua privata ſcriptura aut annotatione alium facere debitorem: cum poſſit, quidquid vult, ſcribere; nec alter contra poſſit id ulla providentia prævenire, aut impedire. nec hic diſtinguendum, utrum

is

Digitized by Google

is qui ſcripſit, ſit vilis, an in dignitate poſitus, honeſtus, an improbus: cum plerumque homines nequiſſimi ſe ferant pro viris bonis & honeſtis, quo facilius decipiant imprudentes. adeo non de moribus quærimus, ſed de jure. plus dicam, nec fiſco credi hac in parte, nec defuncto in ultima voluntate certam pecuniæ quantitatem aut res certas ſibi deberi ſignificanti *l.* 5. 6. 7. *C. de probat.* maxime, ſi teſtator non juraverit: alioquin neceſſe habent heredes religioni ſtare, aut relictis non fruentur. creditoribus tamen ex hoc nihil præjudicii erit. *Auth. Quod attinet d. t.* Sunt hæc certi juris, producta ſola annotatione privata ſeu domeſtica, ſine aliis adminiculis: nam ſi his adjuvatur, contra obſervatur *d. l.* 5.

Non minus recte tradit Paulus *l.* 2. *D. h. t.* quicumque a fiſco convenitur, eum non ex indice & exemplo alicujus ſcripturæ, ſed ex authentico (quod exemplar appellatur) conveniendum eſſe. ita ſi contractus fides poteſt oſtendi: cæterum calumnioſam ſcripturam vim in judicio obtinere, non convenit.

Illud quoque retinendum diligenter, quod eſt a Juſtiniano ſcriptum *Novell.* 119. *c.* 3. ſi quod inſtrumentum ſe referat ad aliud, referenti non credi, niſi conſtet de relato.

TITULUS V.

De teſtibus.

Expoſita fide inſtrumentorum, id eſt, una parte probationis inartificialis; ſequitur altera de teſtibus. Eſt vero, ut Arcadius Chariſius *l.* 1. *h. t.* loquitur, teſtimoniorum uſus frequens ac neceſſarius. Arcadius teſtimonia dixit pro teſtibus: quo modo miniſteria pro miniſtris dicuntur *l.* 9. *D. de pignoribus*, & ſervitia pro ſervis, apud Tacitum, *lib.* 4. *Hiſtor. c.* 1. *& c.* 23. item amicitiæ & familiaritates pro amicis & familiaribus apud Suetonium, *Tiberio c.* 51. Eſt hoc obſervandum: quia teſtimonia ſunt teſtium depoſitiones: teſtes ſunt perſonæ, ad faciendam fidem adhibitæ: & eſt reſcriptum ab Hadriano, teſtibus ſe, non teſtimoniis crediturum *l.* 3. §. 3. *&* 4. *D. h. t.* Eſt igitur teſtium uſus frequens & neceſſarius, cum in civilibus, tum in criminalibus, cauſis *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* etſi nec deſunt aliquæ, in quibus non eſt teſtibus locus. ita in *Novell.* 74. *c.* 4. Juſtinianus in legitimatione per ſubſequens matrimonium ſolis jubet credi inſtrumentis, non teſtibus: ſæpe expertus, in ea materia eſſe falſos. Similiter in *l.* 1. *C. h. t.* vetatur non ſcriptum teſtimonium ferri contra ſcriptum: niſi (quod temperamentum ponitur poſtea in *l.* 18.) ſint teſtes quinque integræ opinionis.

Quærentibus, quinam poſſint teſtes adhiberi? placet Arcadio *l.* 1. §. 1. *h. t.* omnes poſſe, quibus non eſt interdictum teſtimonium. Prohibentur autem quidam omnino; alii ſecundum quid. omnino ſervi. Terentius meminit, *Phorm.* 1. 5. 62. *Servum*, inquiens, *hominem cauſas orare leges non ſinunt, neque teſtimonii dictio eſt.* Idem intelligitur ex *l.* 11. *& Auth. ſeq. C. h. t.* ac pro ratione eſt hoc Licinii Rufini ex lib. 2. Regularum, Idonei non videntur eſſe teſtes quibus imperari poteſt, ut teſtes ſint *l.* 6. *D. h. t.* Et tamen obſervat Modeſtinus in *l.* 7. quæ eſt ex lib. 3. Regularum, a Regula exceptionem. ea exceptio eſt, Servi reſponſo tunc credendum eſſe, cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt. quod quemadmodum accipiendum ſit, indicavi *lib.* 1. *Probabil. c. ult. & lib.* 3. *c.* 6. Ibidem indicavi ſimul, ſervis in hujuſmodi caſu non juratis credi, ſed tortis. ita quod in liberis eſt jusjurandum, in ſervis tormentum eſſe. Præter ſervos ſunt & alii, qui omnino teſtimonium ferre prohibentur: ut furioſi & mente capti *l.* 20. §. 4. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* Item quos Imperator §. 6. *Inſt. de teſtam. ordin.* ait, Leges jubere improbos eſſe & inteſtabiles: qualis eſt damnatus ob famoſum libellum *l.* 21. *pr. h. t.* quod vero lege quis inteſtabilis jubetur eſſe, eo pertinere Gajus ait, ne ejus teſtimonium recipiatur, & eo amplius, neve ipſi dicatur teſtimonium, & ita quoſdam putare *l.* 26. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* Superioribus addendi inſignes famoſi, quales ſunt harenarii, qui ad beſtias ut depugnarent, ſe locaverint; qui, quæve palam corpore quæſtum fecerint *l.* 3. §. 4. *h. t.* quod ſi quis aliter infamis ſit, ejus teſtimonium non eſt omnino inutile: ut paulo poſt dicetur. præterea non poteſt teſtis adhiberi, qui judicio publico damnatus erit, quive in vinculis cuſtodiave publica erit, item qui ob teſtimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepiſſe judicatus vel convictus erit *d. l.* 3. §. 5. Item ſic ait Paulus *l.* 14. *h. t. Repetundarum damnatus, nec ad teſtamentum, nec ad teſtimonium adhiberi poteſt.* Contra ait Ulpianus *l.* 20. §. 5. *D. Qui teſtam. fac. poſſ. Eum qui lege repetundarum damnatus eſt, ad teſtamentum adhiberi poſſe exiſtimo: quoniam in judicium teſtis eſſe vetatur.* Nec tentanda hic conciliatio: ut poſt Græcum Scholiaſten, *Baſilic. lib.* 21. *tit.* 1. *lit. O. pag.* 554. *& lit. P. pag.* 555. optime vidit Collega meus, D. Schultingius V. Cl. ad Paul. *lib.* 4. *Sent. tit.* 3. *pag.* 344.

Secundum quid eſſe teſtes prohibentur vulgariter infames: nam horum teſtimonium non omnino quidem eſt inutile: ſed Judicis officio permittitur æſtimatio, an & quatenus illis habenda ſit fides *l.* 3. *& l.* 13. *D. h. t.* Præterea etiam ſecundum quid prohibentur

bentur

bentur minores viginti annis teſtes in criminalibus cauſis ab accuſatore citari *l.* 20. *D. h. t.* Similiter habet mulier (niſi ſi palam corpore fecerit quæſtum de qua ſupra dictum ex *l.* 3. §. 5. aut ſit adulterii damnata) in judicio teſtimonii dicendi jus *l.* 18. *D. h. t.* ſed in teſtamento non habet *l.* 20. §. 6. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* quod de Hermaphrodito dicemus? hic an ad teſtamentum adhiberi poſſit, qualitas ſexus incaleſcentis oſtendit *l.* 15. §. 1. *D. h. t.* Illud nemo non probat, (quod a Pomponio traditum *l.* 10. *d. t.*) nullum in re propria intelligi idoneum teſtem: ideoque (ut dicitur in *l.* 10. *C. d. t.*) omnibus in re propria dicendi teſtimonii facultatem jura ſubmoverunt. nempe quia fruſtra petatur teſtimonium; ubi cum ratione metui poteſt, ne a natura ſui ſtudioſa corrumpatur. ab eadem cauſa neque pater filio, aut filius patri, idoneus teſtis eſt *l.* 9. *D. d. t.* Nec aliunde venit; quod cuidam Roſæ reſcribitur *l.* 3. *C. eod.* Etiam jure civili domeſtici teſtimonii fidem improbari. Paulus quoque in *l.* 24. *D. h. t.* narrat, teſtes eos quos accuſator de domo produxerit, interrogari non placuiſſe: ſine dubio, quod idonei non videntur teſtes quibus imperari poteſt, ut teſtes fiant *l.* 6. *D. h. t.* Similiter refert Arcadius *l. ult. D. h. t.* Mandatis caveri, ut Præſides attendant, ne patroni in cauſa, cui patrocinium præſtiterunt, teſtimonium dicant. quod & in executoribus negotiorum ſervandum eſſe. De hæreticis, cum inſignibus, tum aliis, an & quatenus illi ad teſtimonium admittantur, extat Juſtiniani Conſtitutio *l.* 21. *C. de Hæretic. & Manich.*

Indicavi pleroſque a teſtimonii dictione aut omnino, aut ſecundum quid, remotos. reſtat quod initio dictum eſt, reliquos non prohibitos, ad teſtimonium admitti: non modo ſi velint, eſſe teſtes; ſed etiam, ſi nolint, invitos cogi teſtimonium perhibere impenſis eos petentis: ſic enim conſtituit Juſtinianus *pr. &* §. 1. *l.* 16. *C. h. t.* volente publica utilitate, ne veritas occultetur, quam liquere, intereſt humanæ ſocietatis. Ea igitur ratione ait Venulejus *l.* 22. *D. h. t.* Curent Magiſtratus cujuſque loci, teſtari volentibus & ſe ipſos & alios teſtes vel ſignatores præbere: quo facilius negotia explicentur, & probatio rerum ſalva ſit. Eadem ratione, ſi non poſſit alias conſtare de veritate, etiam perſonas inhabiles admitti jura voluerunt *l.* 7. *D. h. t.* nec eſt hic prætermittendum, quod Arcadius *l.* 21. §. 2. *d. t.* Si ea, inquit, rei conditio ſit, ubi harenarium vel ſimilem teſtem admittere cogimur, ſine tormentis teſtimonio ejus credendum non eſt.

Sunt tamen (ut Juſtinianus perhibet *l.* 16. *C. h. t.*) quæ legibus prohibentur ad teſtimonium cogi; taleſque eſſe dicit perſonas illuſtres, & quæ ſupra illuſtres ſunt: niſi ſacra forma intervenit. Præterea ait *pr. &* §. 1. *l.* 19. *D. h. t.* Ulpianus, invitos teſtimonium non dicere publicanos: item eum qui non detrectandi teſtimonii cauſa aberit: item eum qui quid exercitui præbendum conduxerit: ſed nec pupillis teſtimonium denunciari poſſe. Jam vero Paulus *l.* 4. *D. h. t.* Lege Julia judiciorum publicorum inquit, caveri, ne invito denuncietur, ut teſtimonium litis dicat adverſus ſocerum, generum, vitricum, privignum, ſobrinum, ſobrino natum, eoſve qui priore gradu ſunt. Addit Gajus *l.* 5. In legibus quibus excipitur, Ne gener aut ſocer invitus teſtimonium dicere cogeretur, generi appellatione ſponſum quoque filiæ contineri: item ſoceri ſponſæ patrem. Inſuper ait Paulus *d. l.* 4. Lege Julia judiciorum publicorum caveri, ne liberto ipſius, liberorum ejus, parentum, viri, uxoris: item patroni patronæ adverſus libertos, neque liberti adverſus patronum, cogantur teſtimonium dicere. Imo Diocletianus & Maximianus *l.* 12. *C. h. t.* jubent, libertorum adverſus patronos illicitas atque improbas voces pœnæ objectione præcludi: ita, ut non ſolummodo ſponte prodire non audeant, ſed ne vocati quidem in judicium venire cogantur. Iidem Imperatores ſimili ratione Tertullo cuidam reſcribunt *l.* 6. parentes & liberos invicem adverſus ſe nec volentes ad teſtimonium admittendos eſſe.

Nunc videndum de numero teſtium. & quidem ſi Lex certum deſiderat numerum: non eſt dubium, quin is ſit obſervandus: ut in teſtamentis ſeptem, §. 3. *Inſt. de teſtam. ordin.* in codicillis quinque *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* itemque eſt in caſu *l.* 18. *C. h. t.* Cæterum in *l.* 11. *D. h. t.* ait Ulpianus, ubi numerus teſtium non adjicitur, etiam duos ſufficere: cauſatus, pluralem elocutionem duorum numero contentum eſſe. plane unus, ſive ſingularis teſtis, pro nullo habetur. adeo eum audiri vetat Conſtantinus, etſi præclaræ curiæ honore præfulgeat *l.* 9. §. 1. *C. h. t.* eſtque inſignis error Interpretum, exiſtimantium, eum quidem non facere plenam probationem, quæ ſufficiat ad condemnationem; ſed ſemiplenam, quæ jurejurando judiciali ex decreto Judicis ſuppleri debeat. ſed hanc ſententiam jam refutavi ſupra ſub Titulo, *De jurejurando.*

Ad formam perhibendi teſtimonii ſpectat, quod in teſtamentis non valent teſtes fortuiti, ſed rogati *Authent. Rogati C. h. t.* ad fidem rei geſtæ faciendam etiam non rogatus teſtis intelligitur *l.* 11. *D. h. t.* Similiter ſpectat ad formam, quod teſti, niſi jurato, non creditur. Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 29. *De parvula ſumma judicaturo tibi res ſine teſte non probaretur. teſtis ſine jurejurando non valeret.* Conſtantinus *l.* 9. *C. h. t.* hoc plus deſiderat; ut teſtis juret, antequam teſtetur: *Jurisjurandi,* inquiens, *religione teſtes, prius quam perhibeant teſtimonium, jam dudum arctari præcepimus.*

Nec

Nec dubito, quin idem ſpectet hoc Aſconii Pediani in *orat. Ciceronis in Verrem, de prætur. urban. p.* 94. *Jurati teſtes produci ſolent, non ſolum ne falſa dicant, verum etiam, ne quæ vera ſunt, taceant.* quod facilius facturus creditur jurejurando poſt depoſitionem, quam ante, præſtito. Solent porro teſtes teſtimonia apud Judicem deponere, præſente utroque litigatore. Quo modo? Aſconius Pedianus, *Not. in orat. Ciceronis in Verrem De præter. urb. p.* 72. Tenere, inquit, debemus, interrogationes teſtium & accuſatoris & defenſoris eſſe, & ejus qui producit, & ejus contra quem producuntur. Idem poſt *pag.* 93. Loqui, niſi interrogato, teſti non licebat. interrogatur autem & ab eo contra quem productus. Hoc igitur modo accipiendum, quod Juſtinianus *l.* 18. *C. de fide inſtrum.* dicit, depoſitiones fieri ſub præſentia utriuſque partis. niſi, quod addendum, altera pars abſit per contumaciam. tum enim poteſt Judex, alterutra parte præſente, teſtimonia capere. *l.* 19. *C. h. t.* Satis hæc liquent. & tamen receperunt difficultatem a *l.* 14. *C. h. t.* in qua dicitur: quod teſtis debet judicantis intrare *ſecretum.* Sed ſecretum non ſignificat locum, a quo arceantur litigatores: ſed locum in quo judicia exercentur admiſſis litigatoribus: quem locum *ſecretarium* appellari, intelligitur ex *l.* 3. *pr. &* §. *ult. C. Ubi Senator. vel clariſſ.* a Paulo *l.* 40. *D. de reb. cred.* vocatur *auditorium.* Ratio autem, cur *ſecretum,* vel *ſecretarium,* dicatur, hæc eſt: quod olim in foro jus dicebatur ſub dio, præſente populo. poſtea judiciis ad Baſilicas tranſlatis, (quod factum refert auctor Dialogi *De cauſis corruptæ eloquentiæ c.* 38. *&* 39.) inde *ſecretum* & *ſecretarium* appellatum, quia paucis jam præſentibus, litigabatur.

TITULUS VI.

De juris & facti ignorantia.

Tractatus De juris & facti ignorantia, quem præſens Rubrica pollicetur, ſuperiori, De probationibus & præſumptionibus, quaſi ejus pars ſit, non male jungitur. quam autem ignorantiam vocat Rubrica, Papinianus in *l.* 7. *&* 8. errorem appellat: etſi error, rem conſiderantibus, eſt credulitas, cauſam ſortita ex veri ignorantia. ſed in propoſito pro iiſdem accipiuntur: comprehenſio ſub utroque nomine defectu neceſſariæ in rebus agendis ſcientiæ. Eam ignorantiam Paulus *l.* 1. facit duplicem, aliam juris, aliam facti. altera eſt, neſcire moribus ac legibus conſtituta: altera eſt, neſcire rem, ut geſta eſt, aut contigit. Non arceſſam exempla: compluribus & claris a Paulo proditis *d. l.* 1. §. 1. Sed non ſilebo ſequentem Neratii obſervationem ex *l.* 2. *In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit.* qua ratione? hanc ſubjicit: *Cum jus finitum & poſſit eſſe & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſimos fallat.* Sed ignorantiæ facti (inde enim incipiam) non una conditio eſt: aut enim eſt proprii facti, aut alieni. prior reprehenſibilis, poſterior tolerabilis, cenſetur *l.* 5. *&* 1. *D. Pro ſuo.* niſi ſumma negligentia objiciatur. quid enim, ſi omnes in civitate ſciant quod ille ſolus ignorat? ſupina illa dicitur ignorantia; &, ut Ulpianus ait *l.* 6. *h. t.* non ferenda: ut nec ſcrupuloſa inquiſitio exigenda. putat igitur, ſcientiam, ignorantiæ de qua quærimus, adverſam, & in rebus agendis neceſſariam, hoc modo æſtimandam eſſe: ut neque negligentia craſſa, aut nimia ſecuritas ſatis expedita ſit, neque delatoria curioſitas exigatur. Eodem modo Labeo, & (ut Paulus *l.* 9. §. 2. *d. t.* cenſet) recte definit, ſcientiam neque curioſiſſimi, neque negligentiſſimi, hominis accipiendam: verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere poſſit. Breviter refert Pomponius *l.* 3. §. 1. *d. t.* ex Sabini & Caſſii ſententia, ignorantiam accipiendam non deperditi & nimium ſecuri hominis. Talem facti ignorantiam non nocere, ait Paulus *d. l.* 9. *pr.* uſus figura Rhetorica Poëtis familiari, nec tamen noſtris inſolita. Litotes appellatur: qua aliquando plus, aliquando minus dicitur, quam ſignificatur. poſterius hoc loco mavult Paulus. nam cum ait, *regulam eſſe, facti ignorantiam non nocere:* non ſolum vult, non obeſſe cuiquam, ſed hoc plus indigitat, omnibus prodeſſe. Ejus interpretatioois cauſam hanc habeo: quod & damno liberat facti ignorantia, & ad lucrum prodeſt *l.* 5. *D. & l.* 4. *C. h. t.*

Expoſita eſt facti, ſequitur juris, ignorantia. de qua ſic Paulus *d. l.* 9. *Regula eſt, juris ignorantiam cuique nocere.* Paulus verbo, *Nocere,* aliter hac parte utitur, quam ſuperiore: quippe illic minus, hic plus dicit, quam intelligit. non opus verbis: cum ait, juris ignorantiam cuique nocere; nihil aliud denunciat, quam non prodeſſe omnibus. Hoc ſuadet Pomponius *l.* 4. *h. t.* ſic ſcribens: *Juris ignorantiam in uſucapione negatur prodeſſe.* Mitto Pomponium: ipſe Paulus *d. l.* 9. §. 3. in eumdem ſenſum, *Sed juris,* inquit, *ignorantiam* non prodeſſe, *Labeo ita accipiendum exiſtimat.* Paulus juris ignorantiam quam initio capitis dixit cuique nocere, nunc dicit, non prodeſſe. Sit igitur hoc proximum ſignum, Paulum indigitare, juris ignorantiam magis non prodeſſe, quam nocere: conſequenter non adferre lucrum, non etiam adferre damnum, at nec damno eximere. Non alio modo

accipio hoc Papiniani *l. 7. d. t. Juris ignorantia non prodeſt adquirere volentibus: ſuum vero petentibus non nocet:* Item in *l.* 8. *Juris error nec fœminis in compendiis prodeſt. Cæterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet.* Senſus Papiniani eſt, juris errorem neque mares, neque fœminas commodo afficere: nam in lucris obeſſe omnibus, tam fœminis, quam maribus; in damnis autem non prodeſſe omnibus. itane? non nocere non eſt prodeſſe: ſed eſt medium inter nocere & prodeſſe: ut non velle eſt medium inter velle & nolle, auctore Cujacio *lib. 5. Obſerv. c.* 39. Putemus igitur, Paulum in *d. l. 9. pr.* cum ait, juris ignorantiam cuique nocere, non ſignificare, eam cuique damnum adferre: non enim ita eſt: ſed non prodeſſe cuique; id eſt, erranti cuique non ſubvenire adverſus damnum quod facit; ſive errantem omnem non ſemper damno quod incurrit, eximere. Quid hæremus? manifeſta Pauli ſententia in *d. l. 9. §. ult.* hoc modo ſcribentis: *Sciant ignorantiam facti, non juris prodeſſe: nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus.* Paulus errorem juris vocat ſtultitiam: eaque loquendi forma deſignat eſſe errorem, ſed craſſum, id eſt, latam culpam, ſive ſupinam & ſummam negligentiam, nulla dignam venia: ideoque nec ad lucrum prodeſſe, nec damno liberare: id enim eſt, non ſtultis ſuccurri, ſed errantibus. Sic Paulus: quamquam non abſolute, nec ſine moderatione. contra ait *d. l. 9. §.* 3. hanc regulam, *Juris ignorantiam non prodeſſe*, a Labeone ita accipi, ſi Juriſconſulti copiam haberet, vel ſua prudentia inſtructus ſit, ut cui facile ſit ſcire; ei detrimento ſit juris ignorantia. Et convenienter his rurſus *l.* 10. *D. de bonor. poſſeſſ.* ait, ſatis eſſe, quem habuiſſe copiam eorum quos conſuleret: ſcientiam enim non hanc accipi quæ Juriſprudentibus ſit, ſed eam quam quis aut per ſe habeat, aut conſulendo prudentiores adſequi poteſt. Atque ita eſt: juris ignorantia, non eſt ignorantia artis noſtræ: ſed juris pervulgati, & omnibus noti. eo jure cenſentur leges publice propoſitæ. quas omnes ſciunt, & intelligunt: ſunt enim finitæ aut eſſe debent. utique publice propoſitæ, ab omnibus legi poſſunt. quod ſi quis eas non legerit, cum poſſet & deberet legere; ſibi imputet earum ignorantiam: ideoque iis perinde tenetur, ac ſi eas ſciret. quod ſi quæ in legibus videatur ambiguitas: ſunt juris periti quos poteſt conſulere, quiſquis dubitat. ita facile eſt, unicuique ſcire, quo jure eum in civitate uti oporteat. id vero neſcire vel negligere eſt, neſcire quod ſciunt omnes. quæ inexcuſabilis eſt ſtultitia, quam culpam latam appellamus.

Plane Paulus in *d. l. 9. pr. &* §. 1. excipit perſonas quaſdam quibus permiſſum ſit, jus ignorare: tales eſſe ait minores viginti quinque annis: ſuadente lubricitate conſilii, huic ætati ſuccurri, atque indiſtincte, cum in damnis, tum in lucris quoque: quod & ſupra obſervatum ſub Titulo, *De minoribus.* Idem Paulus concedit fœminis, propter infirmitatem ſexus: ſed his non in omnibus cauſis, ſed in quibuſdam: puto, in damnis dumtaxat, non etiam in lucris: eoque pertinere, quod in præſenti addit Paulus: *& ideo ſicubi non eſt delictum, ſed juris ignorantia, non læduntur.* Ne milites quidem hic præterit Paulus: favente eis ſimplicitate armatæ militiæ: nam hanc rationem adfert Antoninus *l. 1. C. h. t.* Exemplum Paulo *d. l. 9. §.* 1. Si filiusfamilias miles a commilitone heres inſtitutus, neſciat ſibi etiam ſine patre licere adire; ac præfatur, quod per Conſtitutiones Principales jus ignorare poteſt: & ideo ei dies aditionis non cedit. quod eſt notandum: quia inde apparet, ei juris ignorantiam non in damnis tantum, ſed in lucris quoque, prodeſſe. De ruſticis in *d. l.* 9. ſilet Paulus. eſt tamen vel in his cauſa benignitatis. Virgilium audi *lib. 2. Georgic. verſ.* 501.

— — — Nec ferrea jura
Inſanumque forum aut populi tabularia vidit.

Quid ni igitur hac parte etiam ruſticitati ſubveniatur? atque id placet Ulpiano *l. 1. §. ult. D. de edendo.* imo hic addit, & aliis ſubveniri ex alia juſta cauſa. nec dubito, quin ſint enumerati a Paulo *l. 25. §. 1. D. de probat.* hi, *vel pupillus, vel minor, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, ſed miles, vel agricultor & forenſium rerum expers, vel alias ſimplicitate gaudens & deſidiæ deditus.* Dicta de pupillo, minore, muliere, milite, vel agricultore, & forenſium rerum experte, liquent. ſed quis ille, *alias ſimplicitate gaudens & deſidiæ deditus?* Scholiaſtes Græcus *lib. 22. Baſilic. tit. 1. lit. Q. tom. 3. pag.* 41. Monachos dicit. imperite: nam ubi Monachi Pauli tempore? primi in Ægypto orti ſub Diocletiano & Maximiano, occaſione perſecutionum quas illi Principes quam injuſte, tam crudeliter, adverſus Chriſtianos exercebant. De Monachis igitur, qui tum erant incogniti, cogitare non potuit Paulus. tamen quæ Græci Scholiaſtæ, ea & Emundi Merillii, fuit ſententia *lib. 2. Obſerv. c.* 20. niſi quod hanc adjectionem adſcribit Triboniano, de Chriſtiana religione, ut ait, parum recte ſentienti. Sed mea ratio eſt, parcere Triboniano, atque illum *ſimplicitate gaudentem & deſidiæ deditum* Paulo vindicare. Cauſa meæ interpretationis: quod hujuſmodi homines non cum Monachis eſſe cœperunt. contra fuerunt illi ſemper, etiam ante Monachos, & adhuc ſunt, præter Monachos. ita puto; & hoc hominum genus a Paulo opponi homini diligenti & ſtudioſo patrifamilias: quem circa finem Principii *d. l.* 25. noluit præſumi, facta ſolutione ſua bona ſponte jactaſſe, cum eſſet alioquin prudens & ad res ſuas attentus. longe aliter, ac ſi ſit, id eſt, ſi probetur, alias,

id

id eſt, paſſim, ſive in plerique a natura, non hoc uno caſu, fuiſſe ſimplicitate gaudens, & deſidiæ deditus. Sic mihi perſuadeo; nec dubito, quin taliş homo ſit idem tutori qui ab Ulpiano *l.* 3. §. *ult. D. de ſuſpect. tut.* ob ingenitam ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, ineptiam, dicitur a tutela ſalva exiſtimatione removeri. hujuſmodi certe homines, ad res gerendas inidoneos, negligentia, ignavia, ſocordia, & fatuitate cenſeri, demonſtravi *lib.* 1. *Probabil. c. ult.*

Hæc Paulus; (nam huc redeo) ſi ſit mera Juris Civilis ignorantia. ſed ſac, delictum dici. ſi veniat ex ignorantia juris naturalis ab hoc nemo excuſatur: quia id jus a natura omnibus infuſum, a nullo ignorari poteſt. Sapienter Cato apud Lucanum *lib.* 9. *verſ.* 575.

— — — *Dixitque ſemel naſcentibus auctor,*
Quidquid ſcire licet. — — —

Exempla in *l.* 2. *C. de in jus vocando*, item in *l.* 38. *D. Ad Leg. Jul. de adult. & l. ult. D. de ritu nupt.* Miſerationem tamen ætatis aliquando Judicem etiam hic ad mediocrem pœnam producere, Tryphoninus ſcribit *l.* 37. §. 1. *D. de minorib.*

LIBER VIGESIMUSTERTIUS.

TITULUS I.

De ſponſalibus.

PRÆTER obligationes de quibus fuit bactenus actum, occurrit hic alia dotis nomine. de qua dicturo altius repetenda res fuit a nuptiis: ad quas unice dos reſpicit. & quia in ſponſalibus de dote ac cæteris nuptiarum conditionibus agi ſolet: omnibus præmiſſus fuit tractatus de ſponſalibus. Sunt autem ſponſalia Florentino *l.* 1. *D. h. t.* mentio & repromiſſio nuptiarum futurarum. Janus Gulielmius, præſtabilis Vir eruditionis, *c.* 2. *Quæſtion. in Plauti Aulul.* 2. 2. *verſ.* 26. verba hæc, *mentio & repromiſſio*, interpretatur poſtulationem ſive ſtipulationem & promiſſionem: convenienter, ut ipſe putat, erudito verborum uſui, certe origini: ſponſalibus a ſpondendo dictis; quia ſolent Veteres ſibi ſtipulari uxores futuras: atque inde ſponſi ſponſæque appellatio. conſtat ex *l.* 2. *& l.* 3. *D. d. t.* etiam ex A. Gellio *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 4. præterea compluribus Plauti locis jam ab aliis ſæpe allatis. Hoc olim obtinuit. ſed mutatum poſtea: quamquam re ſublata manſit ſponſaliorum nomen: ut & alibi fieri memini ſub Titulo, *Mandati.* Ita adhuc dicimus ſponſalia, licet nudus ad ea ſufficit conſenſus ſine ſponſione, ut docet Ulpianus *l.* 4. *D. h. t.* nec eſt alia cauſa, cur in §. 1. ſubjiciat, conſtare, & abſenti abſentem deſponderi poſſe, & hoc cottidie fieri. modo (quod ex Pomponio ſequitur *l.* 5.) ſcientibus his qui abſint, ſponſalia fiant, aut ſi poſtea ratum habuerint. Ab eadem ratione ait ſic Ulpianus *l.* 18. *In ſponſalibus conſtituendis parvi refert, per ſe & coram, an per internuncium vel per epiſtolam, an per alium hoc factum eſt; & plerumque conditiones interpoſitis perſonis expediuntur.* Sic editur: ſed ſi me audies, expunges verba, *an per alium:* aut immemoriæ Auctoris debita, aut Gloſſatori: exponenti hæc, *an per internuncium.* Interim non improbo, quod in *l.* 7. Paulus, In ſponſalibus, inquit, nihil intereſt, utrum teſtatio interponatur, an aliquis ſine ſcriptura ſpondeat. nam omnibus hiſce modis poteſt conſentiri: ad ſponſalia autem, præter conſenſum, nihil deſideratur.

Nunc videamus, quos oporteat in ſponſalibus conſentire. Paulus *d. l.* 7. §. 1. ſic ſcribit: In ſponſalibus etiam conſenſus eorum exigendus eſt quorum in nuptiis deſideratur. Debet igitur primum intervenire conſenſus eorum quorum in poteſtate ſunt, qui contrahunt: nam horum conſenſu in nuptiis opus eſſe, ſequente Titulo oſtendetur. Deinde fiunt ſponſalia, ſicut nuptiæ, conſenſu contrahentium: & ideo ſicut nuptiis, ita ſponſalibus filiamfamilias conſentire oportet. Sed quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur. Tunc autem ſolum diſſentiendi a patre licentia filiæ conceditur, ſi indignum moribus vel turpem ſponſum ei pater eligat. Filiofamilias diſſentiente, ſponſalia nomine ejus fieri non poſſunt. Ita in *l.* 11. *l.* 12. *&* 13. *D. h. t.* ſed uberius Titulo ſequente. Non adderem, quod furor ab initio ſponſalibus eſt impedimento, poſtea interveniens non nocet, niſi id obſervandum putaſſet Gajus *l.* 8. *D. d. t.* Lubentius dicam, quod in ſponſalibus contrahendis definita non eſt contrahentium ætas, ut in matrimoniis. in quibus præſcriptus eſt annus duodecimus. quapropter a primordio ætatis effici poſſunt ſponſalia: modo ſi id fieri ab utraque perſona intelligatur: id eſt, ſi non ſint minores, quam ſeptem annis. ſic traditum *l.* 14. *D. h. t.* Aliquem vexet, quod apud Suetonium *Auguſto c.* 34. legitur, ab Auguſto coarctatum eſſe tempus habendi ſponſas, & quidem, ut ex Gajo *l.* 17. *D. h. t.* videtur, intra biennium a contractis ſponſalibus: præterquam ſi intervenerit juſta & neceſſaria cauſa. Verum quod ad Gajum atti-

net; facile eſt, ex Inſcriptione loci intelligere, eum reſpicere ad Legem Juliam & Papiam: qua Auguſto non fuit negotium, definire tempus a quo ſponſalia fieri oporteret. magis voluit, occurrere fraudibus quæ immaturitate ſponſarum fiebant ejus Legibus, certa præmia indulgentibus cum maritis, tum ſponſis quoque. & ita eſt: Auguſtus ex recepto jure nihil immutavit circa ætatem qua contrahi poſſint ſponſalia; ſed detectis fraudibus hujuſmodi ex immaturis ſponſalibus, ne deinceps ſimile admitteretur, præcepit, eum qui Legum præmia affectaret, ſponſalia non ultra biennium prorogare; ideoque ea non contrahere ante annum decimum. Iviſſe huc Suetonium, ſequentia evincunt ejus verba: *Cumque etiam immaturitate ſponſarum, & matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi ſentiret, tempus ſponſas habendi coarctavit: divortiis modum impoſuit.* Dion Caſſius *lib.* 54. *pag.* 609. rem ita refert, interprete Lipſio, *Excurſ. C. ad lib.* 3. *Annal.* Taciti: *At cum quidam pueras deſponderent, & præmia nihilominus ferrent maritorum, rem opuſque mariti non præſtarent: ſtatuit nullam ſponſionem firmam eſſe, poſt quam, biennio exacto, nuptiæ non ſequerentur. hoc eſt, ut omnino decennem deſpondere opus eſſet, ſi quis ſponſionis ejus vellet fructum. puellis enim duodecimus annus plenus, ad nuptias definita ætas cenſetur.* Poſſunt igitur ab anno ſeptimo iniri ſponſalia: etſi nuptiæ non poſſint contrahi ante annum duodecimum. Illud fuit quæſitum, an nuptiæ, ſi intervenerint ante eum annum, ſaltem valeant jure ſponſaliorum, cum non valeant jure nuptiarum: quemadmodum quæritur, an acceptilatio, ſi non valet jure acceptilationis, ſaltem valeat jure pacti. Eam quæſtionem tractat Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* & *l.* 32. §. 27. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ſed non attingam erudite expoſitas a Jacobo Cujacio *lib.* 11. *Obſerv. c.* 15.

Præter hoc annotari dignum, inter quos prohibitum eſt matrimonium, inter eos prohibita cenſeri ſponſalia *l.* 16. *D. h. t.* modo eadem ſit prohibendi ratio. exemplum in hoc Modeſtini *l.* 15. *Tutor factam pupillam ſuam nec filio ſuo in matrimonium collocare poteſt. ſcias tamen quod de nuptiis tractamus, & ad ſponſalia pertinere.* Optime: eſt enim pupillæ ut in nuptiis, ita in ſponſalibus, neceſſaria tutoris auctoritas: quippe cum ſine ea nihil agat. tutor autem in rem ſuam vel filii ſui pupillæ auctor fieri nequit. Ita, ſi in utroque caſu eadem ſit prohibendi ratio. quod ſi non ſit: in utroque aliter atque aliter obſervatur. Exemplum apud Paulum *l.* 38. *D. de rit. nupt.* Verba Pauli: *Si quis officium in aliqua provincia adminiſtrat, inde oriundam, vel ſibi domicilium habentem uxorem ducere non poteſt, quamvis ſponſare non prohibeatur.* Et poteſt differentia conjici ex ſequentibus: *Ita ſcilicet, ut ſi poſt officium depoſitum, noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis quas acceperat.* Simile exemplum eſt in hoc Pauli *l.* 10. §. 1. *D. de his qui notant. infam. Quæ virum eluget, intra id tempus ſponſam fuiſſe non nocet.*

Nunc age tractemus de jure ſponſaliorum. id olim fuit aliud, aliud poſtea receptum. olim, ſi ſtipulatio de ſponſalibus interveniſſet, erat ex ſtipulatu actio: ac ſi non daretur uxor, aut non duceretur; Judices cognoſcebant, quamobrem data acceptave non eſſet uxor. quod ſi nihil juſtæ cauſæ videbatur, litem pecunia æſtimabant, quantique interfuerat, eam uxorem accipi aut dari, eum qui ſpoponderat, condemnabant. id refert A. Gellius *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 4. addit Varro *lib.* 5. *De ling. Latin. pag.* 41. etiam ſolere certam pecuniam deſponderi pœnæ nomine, atque exigi. prudenter: ſcribit certe Venulejus *l. ult. D. de ſtipul. prætor.* In ejuſmodi ſtipulationibus, quæ quanti res eſt, promiſſionem habent, commodius eſſe certam ſummam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio eſt, quanti cujuſque interſit, & ad exiguam ſummam deducitur. Hæc: ſi ſtipulatio interveniſſet. quod ſi nudo pacto conveniſſet de ſponſalibus: non dabatur ex pacto actio: quippe cum inter cives Romanos pro nullo haberetur jure civili. Igitur erat hoc caſu liberum alteri, quamvis invita altera parte, ſponſalibus renunciare, & cum quovis alio nova inire, aut matrimonium contrahere. imo obtinuit, invaleſcente repudiorum & divortiorum licentia, quam matrimoniorum libertatem appellabant; ut ne ex ſtipulatu quidem cum effectu daretur actio, etſi interpoſita de ſponſalibus nuptiiſve ſtipulatione ſive ſimplice, ſive pœnali. Non fallo; ne putes. res certa: nam ut ipſo jure teneat hoc in caſu ſtipulatio, ex eaque agi poſſit: inſtituta tamen ex ſtipulatu actio, quia putatur eſſe adverſus bonos mores, & libertatem matrimoniorum impedire. doli mali exceptione eliditur: auctore Paulo *l.* 134. *D. de verb. oblig.* ac ſecundum hæc accipio traditum in *l.* 71. §. 1. *D. de condit. & demonſtr. l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *C. de repud.* & in *l.* 35. §. 1. *D. de verb. oblig.*

Plane, ſi intervenerint arrhæ ſponſalitiæ: placuit, eum qui dedit, ſi per eum ſtet, quo minus ſponſalia conſummentur, arrhas amittere; & e contrario eum qui accepit, duplum, vel ſi ita conventum, quadruplum reſtituere *l.* 3. *& l. ult. C. h. t.* niſi habeat juſtas repudii cauſas de quibus in *l.* 17. *D. & l.* 2. *& ult. C. h. t.* ad quas Cujacius *lib.* 16. *Obſerv. c.* 35.

Ne hoc quidem ſilendum: quod dicentes, licitum in ſponſalibus eſſe repudium; volumus, eum qui a prioribus recedens, mox alia contrahit, non puniri infamia, quaſi habeat ſimul bina *l.* 13. §. 1. *& 2. D. de his qui notant. infam.*

TITU-

TITULUS II.

De ritu nuptiarum.

Vidimus de ſponſalibus. Videamus de nuptiis, ſive matrimonio. nam hæc verba confundit Imperator §. 1. *Inſt. de patria poteſt.* cum diſtinguantur *l.* 10. *&* 11. *D. h.t.* item *l.* 66. *pr. &* §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Nimirum aliquando late patet utrumque: aliquando anguſte accipitur. nec erravero; arbitratus, nuptias eſſe vel in ſpecie nuptias, vel matrimonium appellari. illas eſſe ſolemniter contractas ſecundum formam Juris Civilis: hoc eſſe ſimplex jure gentium ſolo conſenſu, nulla ſolemnitate conſtans. Utramque ſpeciem attingit Scævola *d. l.* 66. *pr. &* §. 1. addo, Gajus *lib.* 1. *Inſt. tit.* 4. Verba Gaji. *Legitimæ ſunt nuptiæ, ſi Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel conſenſu ducat uxorem.* Verba, *vel ſine conſenſu*, damnat Johannes Seldenus, Vir eruditus & diligens, *Uxor. Hebraic. lib.* 2. *c.* 20. fide libri ſui manuſcripti: in quo deſint. ſed retineri, res ſuadet, & ſequens Quintiliani locus *Declam.* 247. Gajo non diſſimilis: *Fingamus nuptias feciſſe nullas; coiiſſe autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non ſit collocata?* Quod de nuptiis dixi, licet de matrimonio conjicere: præeunte Quintiliano *lib.* 5. *Inſt. Orat. c.* 10. his verbis: *Duæ ſunt formæ matrimoniorum.* In eamdem diſcretionem in *l.* 13. §. 1. *D. Ad leg. Jul. de adult.* conſpirant Ulpiani verba, *Omnia matrimonia*; plures ſpecies ſignificantia. Præterea ab eadem diviſione in *Collat. leg. Moſaic. & Rom. tit.* 4. dicitur a Papiniano Civis Romanus *ſine connubio* ſibi peregrinam *in matrimonio* habuiſſe. Hactenus de uſu verborum.

Nunc rem conſideremus. Imp. Juſtinianus §. 1. *Inſt. De patr. pot.* ſic definit: *Nuptiæ ſive matrimonium eſt, viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens.* Primum ait, nuptias ſive matrimonium eſſe conjunctionem viri & mulieris: videlicet, quia moribus Populi Romani nemini fas eſt, binas ſimul uxores habere *l.* 2. *C. de inceſt. nupt.* ne Judæis quidem ex eorum legibus *l.* 7. *C. de Judæis.* & ſi contra fiat, ſtuprum appellatur *l.* 18. *C. Ad leg. Jul. de adult.* recteque Domitianus in *Corpor. Inſcript.* Jani Gruteri, V. CL. *pag.* 574. quamdam ſuam indulgentiam ad hunc format modum: *Dimiſſis honeſta miſſione emeritis ſtipendiis liberis poſteriſque eorum civitatem dedit & connubium cum uxoribus quas tunc habuiſſent cum eſt civitas iis data aut ſi qui cœlibes eſſent cum iis quas poſtea duxiſſent dumtaxat ſinguli ſingulas.* Altera obſervatio eſt: quod Imperator nuptias ſive matrimonium vocat conjunctionem minus proprie: neutro enim verbo indigitatur conjunctio; ſed conſenſus de inducenda conjunctione. ita conſenſus eſt cauſa conjunctionis: at conjunctio eſt effectus ex illa cauſa, ſeu illo conſenſu, productus. Sed non eſt inſolitum noſtris, effectum ponere pro cauſa, aut cauſam pro effectu. Illud eſt ſuperioribus conſequens, conjunctionis appellatione in definitione nuptiarum ſeu matrimonii, non corporum, ſed animorum conjunctionem intelligere. eamque conſenſu æſtimare, non coitu. Etſi hoc forte alicubi receperit dubitationem: eo quod nubere eſt coïre, & nuptiæ ſunt coïtus, apud Plautum *Caſina Prologo.* Petronium *Satyric. c.* 25. Martialem *lib.* 12. *Epigr.* 66. Accedebat nuptiarum finis qui eſt liberorum procreatio, ſine corporum conjunctione nulla. Præterea ſolent qui in matrimonium conſentiunt, declarare, ſe coïre liberorum procreandorum gratia: idque tabulis nuptialibus contineri, refert Auguſtinus *Serm.* 244. Sed evaluit ſententia exiſtimantium, nuptias non perfici concubitu; ſed conſenſu in coitum interpoſito; eaſque coitu deinde conſummari: exemplo emptionis & venditionis, quam in loco dixi pro fine habere rei venditæ traditionem; ſed conſenſu perfici; traditione conſummari. Hoc advertit Ulpianus *l.* 30. *D. de reg. jur.* niſi aliam habuit cauſam ſic ſcribendi, *Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit.* Quid, ſi huc ferunt quoque hæc ejus verba *l.* 6. *D. h.t. Denique Cinna ſcribit, eum qui abſentem* (ſic editur: ſed ex præcedente *l.* 5. eſſe legendum, *eum qui abſens*, bene obſervavit P. Faber *lib.* 2. *Semeſtr. c.* 23.) *accepit uxorem, deinde rediens a cœna juxta Tiberim periſſet, ab uxore lugendum.* Æque huc redit hoc Pauli *l.* 7. *Ideoque poteſt fieri, ut in hoc caſu aliqua virgo & dotem, & de dote habeat actionem.* Reſtat forma qua ea conjunctio fieri debeat. in ea refert, quid ſit actum: nam aut pactum conventum eſt; ut ſolemnes ſint nuptiæ, & legitime fiant Jure Civili; aut ſimpliciter ineuntur jure gentium. prioris formæ exemplum repræſentat hoc Juvenalis, *Sat.* 10. *verſ.* 333.

— — — Dudum ſedet illa parato
Flammeolo, Tyriuſque palam genialis in hortis
Sternitur; & decies ritu centena dabuntur
Antiquo; veniet cum ſignatoribus auſpex.
Hæc tu ſecreta & paucis commiſſa putabas,
Non niſi legitime vult nubere. — — —

Hujuſmodi porro nuptiæ ſolemnes Jure Civili fiebant tribus modis: uſu, farre, & coëmptione. quos expoſuerunt Viri Summi, Rævardus, *Ad leg. Duodec. Tab. c.* 21. Sigonius *lib.* 1. *De antiq. jur. civil. c.* 9. Briſſonius *De ritu nupt.* alii: nec ipſe addam quidquam præter laudem eruditæ diligentiæ. Jure gentium con-

contrahuntur nuptiæ, ſive matrimonium, ſimpliciter, id eſt, ſolo conſenſu, ut ex Gajo dictum: neque intereſt, quo modo, quave forma, interponatur: dum liqueat propoſitum coëundi liberorum procreandorum gratia. Sic Quintilianus, *Declam.* 247. *in fin. Serm. Fingamus nuptias feciſſe nullas: coiiſſe autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non ſit collocata?* Quintilianus ſignificat, virum & uxorem vel ſolemniter conjungi jure civili; vel ſimpliciter jure gentium. primum ſolemniter: id eſt, factis nuptiis. deinde ſine nuptiis, id eſt, Jure gentium ſimpliciter, nudo conſenſu: Quo modo? vel palam, vel tacite. palam, manifeſta declaratione coïri liberorum procreandorum gratia: ſive interveniant tabulæ nuptiales, ſive ſine ſcriptis, fiat ea de re teſtatio *l.* 4. *D. de pignoribus. & l.* 4. *D. de fid. inſtr.* Ubi? coram vicinis aliiſque. Breviter Ulpianus *l.* 6. *D. de his qui ſunt ſui vel alien. jur.* dicit, vicinis ſcientibus: id eſt, licet matrimonio contracto, adhibitis vicinis teſtibus, ſive facta coram illis teſtatione, ſe mulierem domi habere liberorum procreandorum gratia. Plenius Imp. Probus *l.* 9. *C. h. t.* ſic exprimit: *Si vicinis vel aliis ſcientibus uxorem liberorum procreandorum gratia domi habuiſti, & ex eo matrimonio filia ſuſcepta, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ ſint, non ideo minus veritatem matrimonii aut ſuſceptæ filiæ ſuam habere poteſtatem.* At vir & uxor non tantum palam fit conſenſu in matrimonium liberorum creandorum gratia: verum etiam tacite, maritali honore & affectione per cohabitationem inter pares demonſtrato: auctore Papiniano *l.* 31. *D. de donat.* etiam Suetonio, *Caligula c.* 24. nam eo ſpectat de Caligula ſic ſcribens: *Mox Lucio Caſſio Longino conſulari collocatam abduxit, & in modum juſtæ uxoris propalam habuit.* Simile cogitat Paulus *l.* 35. *D. de aur. & arg. leg. Titiæ amicæ meæ, cum qua ſine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo.* Quod apud Suetonium eſt, *In modum juſtæ uxoris propalam habere*, apud Paulum eſt, *Cum amica ſine mendacio vixiſſe.* id eſt, ſine diſſimulatione vixiſſe publice, tamquam cum uxore liberorum procreandorum gratia: non eam habere domi ſpecie ſororis aut alio nomine: ut aliquando factum traditur *l.* 19. *C. de Epiſcop. & Cleric.* Hæc inter pares. at inter diſpares ſola cohabitatione ſine teſtibus aut tabulis nuptias intelligi, non ſiverunt Veteres, & vetat Juſtinianus *l.* 23. §. 7. *C. h. t.* Modeſtinus tamen *l.* 24. *D. d. t.* rei claræ affudit tenebras hiſce verbis, *In liberæ mulieris conſuetudine non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ ſunt: ſi non corpore quæſtum fecerit.* Eas tenebras obſervat Scholiaſtes Græcus, *Baſilic. lib.* 28. *tit.* 4. *lit. P. pag.* 264. *tom.* 4. ſic ſcribens: *Nota jus mirabile, præſumi quem eam uxorem habere ad quam conſuetudinem habet, ſi libera ſit, nec corpore quæſtum fecerit.* Sic Scholiaſtes, ſed nihil expedit. Ipſe experiar, an aliqua ſit ad lucem via. & puto, eſt; ſi credamus, Modeſtinum voluiſſe, in liberæ mulieris conſuetudine ſemper intelligi concubinatum, ſi corpore quæſtum fecerit. at ſi hoc non extet; aliquando concubinatum, aliquando nuptias præſumi: has inter pares; illum inter diſpares. Sic conjicio, forte audacter: at ſuperioribus convenienter: in primis etiam Marciano *l.* 3. *D. de concubinis.* de qua infra ſub illo Titulo pluribus. Veteres porro ab hujuſmodi loquendi formis duris atque aſperis non ſemper abſtinuiſſe, ſuis exemplis aliquoties demonſtravi.

Sed redeo ad definitionem. in ea æſtimat Imperator nuptias, ſive matrimonium, viri & mulieris conjunctione. quali? individuam vitæ conſuetudinem continente. ait individuam: non quod nolit, eam divortio umquam ſolvi ex poſtfacto: ſed quod velit, hoc voto fieri; ne aliter, quam morte, interrumpatur. Ne deeſſet exemplum, appoſui hoc Tibulli *lib.* 3. *Eleg.* 3.

Sed tecum ut longæ ſociarem gaudia vitæ,
Inque tuo caderet noſtra ſenecta ſinu;
Tunc cum præmenſæ defunctus tempora lucis
Nudus Lethea cogerer ire rate.

Similiter meretrix vitæ ſuæ rationem comparans ei quæ eſt fœminæ honeſte viventis, apud Terentium *Heautont.* 2. 4. ſic loquitur.

Vobis cum uno ſemel, ubi ætatem agere decretum 'ſt viro,
Cujus mos maxime 'ſt conſimilis veſtrum, hi ſe ad vos applicant.
Hoc beneficio utrique ab utriſque vero devincimini,
Ut numquam ulla amori veſtro incidere poſſit calamitas.

Intelligis, cur vitæ conſuetudo viri & mulieris perpetua appelletur. porro addam, ipſa indigitari non dicam propoſitum perpetuæ cohabitationis, ut aliquibus videtur; ſed ſolidæ conjugalis benevolentiæ: nec tamen vel illam excipiam; cum ne hæc quidem aliter retineri queat. Sic Lactantius *lib.* 3. *Diviu. inſtit. c.* 21. *Quis aut vir mulierem, aut mulier virum diliget, niſi habitaverint ſemper una: niſi devota mens & ſervata invicem fides individuam fecerit charitatem.* Bene ille: ſed optime Modeſtinus *l.* 1. *D. h. t. Nuptiæ*, inquiens, *ſunt conjunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Aut mihi blandior, aut Modeſtinus ſignificat, nuptiis induci ſpeciem amicitiæ viri & mulieris omnibus numeris perfectæ atque abſolutæ; eoque non ſinentis eſſe, cujus uſus inter eos jure benevolentiæ, ſemper non ſit communis. ſimpliciſſimus hic Modeſtini ſenſus: atque eo evidentior, quod a Modeſtino nuptiæ fere iiſdem definiuntur verbis, quibus a Cicerone aliiſque perfecta deſcribitur ami-

amicitia. quare nec mirum, utrique tribui effecta, non dicam peræque omnia: ſed quæ patitur utriuſque natura. Verum hæc jam olim comparatione ſatis accurata, demonſtravi *lib.* 2. *Probabilium c.* 9.

Intelligis, quid ſint nuptiæ. quæris, inter quos illæ contrahantur. Imperator *pr. Inſt. h. t.* ait: *Juſtas nuptias inter ſe cives Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta legum coëunt.* Sic Imperator, opinor, ex Vetere Juriſconſulto qui ſcripſit ante civitatem omnibus qui in orbe Romano ſunt, datam Conſtitutione Antonini Caracallæ: de qua dixi ſub Titulo, *De ſtatu hominum.* ante hanc erat quidem cum peregrinis matrimonium jure gentium: ſed juſtæ nuptiæ non erant jure civili: (ut intelligitur ex Papiniano *Collat. leg. Moſaic. & Rom. tit.* 4.) præterquam ſi quibus nominatim conceſſum eſſet jus connubii: ut refert Ulpianus, in *Fragm. tit.* 5. & ſunt exempla ab aliis prodita cum ex Livio, tum ex Inſcriptionibus Veteribus. Hac ratione Seneca loco notiſſimo *lib.* 4. *De benefic. c.* 17. *Promiſi tibi filiam in matrimonium: poſtea peregrinus apparuiſti. non eſt mihi cum extraneo connubium.* Hoc ante Antonini Conſtitutionem. poſt hanc aliud obſervatum eſſe, indicat Prudentius *lib.* 2. *Adverſ. Symmachum.* Verba Prudentii.

Diſtantes regione plagæ, diviſaque ponto
Littora conveniunt nunc per vadimonia in unum
Et commune forum, nunc per commercia & artes
Ad cœtum celebrem, nunc per genialia fulcra
Externi ad jus connubii: ita ſanguine miſto
Texitur alternis ex gentibus una propago.

Ita huc deventum tandem; ut (quod jam annotatum a Doctiſſimis Viris, Jano a Coſta ad *d. pr.* & pluribus ab Ezechiele Spanhemio, *Orbe Romano, Exerc.* 2. *c.* 22.) inter homines liberos, ſub ditione Romana conſtitutos, juſtæ contrahantur nuptiæ. at cum ſervis nullum eſſe connubium, Ulpianus refert *d. tit.* 5. & proprie Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 19. §. 6. *Inter ſervos*, inquit, *& liberos matrimonium contrahi non poteſt; contubernium poteſt.* Idemque inter ſervos & ancillas *l.* 14. §. 3. *D. h. t.* qui & inde contubernales *l.* 12. §. 33. *l.* 20. §. 1. *D. de inſtruct. vel inſtrum. leg. l.* 220. §. 1. *D. de verb. ſignif.*

Juſtas igitur nuptias jure civili inter ſe cives Romani contrahunt: modo (ſic temperat Juſtinianus *d. pr. Inſt. h. t.*) coëant ſecundum præcepta Legum. Illa quæ? Sunt complura: ſed licebit omnia reducere ad quatuor capita. primum definiet ætatem nuptiis convenientem. alterum poſtulabit conſenſum parentum, quorum in poteſtate ſint nuptias contracturi. tertium ſpectabit ad ipſorum contrahentium conſenſum. quartum cavebit, ne propter cognationis affinitatiſve propinquitatem, aliamve quam cauſam, nuptiæ impediantur.

Prima cura erit circa ætatem nuptias contrahentium. eam Imperator *d. pr.* ait eſſe, ſi quidem maſculi ſint puberes, fœminæ autem viripotentes. videlicet; ut amoribus vagis & indecoris occurratur: connubio hominibus conceſſo eo tempore quo natura eis dat generandi & facultatem & libidinem. optime Claudianus *lib.* 2. *De laudibus Stiliconis.*

– – – *Ut primos in conjuge diſceret ignes,*
Ordirique virum non luxuriante juventa.

Eſt igitur legitima ætas in propoſito pubertas: eamque Veteres in fœminis quidem putarunt contingere anno duodecimo completo: ſed in maſculis variarunt, Proculejanis eam annis quatuordecim expletis, Caſſianis ex habitu corporis, aliis quos inter Priſcus, ſive Javolenus, ſive Neratius, ex utriſque æſtimantibus: auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* XI. §. *ult.* Sed Imp. Juſtinianus *pr. Inſt. Quib. mod. tutel. fin.* ſe ſua Conſtitutione juſſiſſe ait, pubertatem in maſculis ſtatim initium accipere poſt annum decimum quartum completum; & in fœminis incipere ſtatim poſt annum duodecimum. quo jure id dixerit Imperator; ipſe viderit. nam dudum ante ſic obtinuiſſe, ex Macrobio *Saturnal. lib.* 7. *c.* 7. ac *l.* 5. *D. & l.* 4. *C. Qui teſtam. fac. poſſ.* evicit pridem hoc Joannes Gotlieb Heineccius V. Cl. quem, ut meretur ejus induſtria adjuvandæ Juriſprudentiæ, honoris cauſa appello, *lib.* 1. *Antiq. Rom. Juriſprud. illuſtrant. tit.* 22. Cæterum minorem annis duodecim nuptam, Pomponius tunc legitimam uxorem fore ait, cum apud virum expleſſet legitimam ætatem *l.* 4. *D. h. t.* In eumque modum in *l.* 30. *D. Quando dies legator.* Labeo. *Quod pupillæ legatum eſt*, quandoque nupſerit: *ſi ea minor, quam viripotens nupſerit, non ante ei legatum debebitur, quam viripotens eſſe cœperit: quia non poteſt videri nupta, quæ virum pati non poteſt.* Atqui certa eſt juris regula, quod ab initio vitioſum eſt, non poſſe tractu temporis convaleſcere *l.* 29. *D. de reg. jur.* Sed hunc ſcrupulum exemit Jacobus Gothofredus ad *d. l.*

Secundum Legum præceptum Imperator *d. pr. Inſt. h. t.* eſſe ait, ut contracturi nuptias filiifamiliarum, aut filiæfamiliarum, habeant conſenſum parentum quorum in poteſtate ſunt. Et præfatur, quod id fieri debere, & civilis & naturalis ratio ſuadet. Imperator *ſuadere* dicit pro præcipere, ſive imperare: ut in *l.* 17. §. 1. *D. h. t. l.* 1. §. 8. *D. Ne quid in flum. public.* & apud Apulejum *lib.* 9. *Metamorph.* cum alioquin ſuaſio ab auctoritate diſtinguatur apud Suetonium, *Tiberio c.* 27. §. 3. *Proœm. Inſt.* §. 10. *Inſt. de teſtam. ordin. l.* 45. *D. Ad Sct. Trebell.* Ut ut erit: quod Imperator in *d. pr.* dicit, ſemper procedit in filio & filiafamilias; ſed in nepote ac nepte, non æque: nam in nepote uxorem ducente, non tantum avus, ſed pater quoque, conſentire debet: nepte vero nuben-

bente, ſolius avi voluntas ſufficit *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* & recte: quia in priore caſu poterat metui, ne ex nepote patri invito ſuus heres agnaſceretur: at hic metus in poſteriore ex nepte non erat. Plane, ſi nepotem ex uno filio & neptem ex altero in poteſtate habeam, ait Pomponius, nuptias inter eos, me ſolo auctore, contrahi poſſe *l.* 3. *d. t.* Eſt igitur filiis aut filiabus familiarum opus conſenſu parentum quorum in poteſtate ſint. nec refert, qualis ſit, expreſſus, an tacitus. Itane? ne dubita. clare Alexander *l.* 5. *C. h. t. Si, ut proponis, pater quondam mariti tui in cujus poteſtate fuit, cognitis nuptiis veſtris non contradixit: vereri non debes, ne nepotem ſuum non agnoſcat.* Sic ille in nuptiis. Similiter in ſponſalibus Paulus *l.* 7. §. 1. *D. de ſponſalibus, Intelligi*, inquit, *ſemper patrem filiæ conſentire, niſi evidenter diſſentiat.* At enim Juſtinianus *d. pr. Inſt. h. t.* in nuptiis filiorumfamilias deſiderat parentum juſſum, & hunc eas præcedere. Novi: ſed ſi vere dixere Alexander & Paulus, tacitum ſufficere patris conſenſum, quid reliquum eſt; niſi, ut putemus, juſſum a Juſtiniano accipi pro voluntate, ſeu conſenſu; ut in *l.* 29. §. 3. *D. de inoffic. teſtam. & l.* 2. §. 1. *D. Solut. matrim.* & tantum dici, juſſum præcedere oportere, ut nuptiæ ſint ab initio juſtæ: ac ſi ex poſtfacto ſequatur, (quo caſu ratihabitio appellatur) juſtæ ex eo demum habeantur tempore, ex quo patris conſenſus intervenerit *l.* 13. §. 6. *D. Ad leg. Jul. de adult.* Sic fuit ante Imp. Juſtinianum. verum aliter ſe res habuit, poſtquam illi *l. ult. C. Ad Senatuſc. Macedon. & l.* 25. *C. de don. int. vir. & uxor.* placuit, ratihabitionem generaliter (id eſt, ſine exceptione, quidquid ab aliis contra jactetur) retrahi, & confirmare ea quæ ab initio ſubſecuta ſint; eoque principali mandato patris aut conſenſui non eſſe abſimilem.

Sic in filiofamilias, etiam in filiafamilias. non item in filio emancipato: nam is poteſt uxorem ducere ſine patris conſenſu *l.* 25. *D. h. t.* nec intereſt, utrum ſit major, an minor, annis viginti quinque. Simile in filia emancipata, ſed majore annis viginti quinque: nam minorem non placuit, in nuptias, ſive primas, ſive ſecundas, ſine patris ſententia, convenire. ſic in vidua primum fuit conſtitutum *l.* 18. *C. h. t.* mox etiam in virginibus adultis *l.* 20. *ſequente.* atque ibi (quod in Scholio notant Græci) additur quaſi pro explicatione *d. l.* 18. etiam ipſius puellæ quæ ſui juris ſit, adſenſum explorari: cum alioquin poſſet putari, idem in ea obtinere, quod de filia in ſacris poſita dicitur in *d. l.* 20. Hæc vivo patre. at eo mortuo, ſi cogitatur de collocanda pupilla, cum erit pubes; viſum eſt Severo & Antonino *l.* 1. *C. h. t.* tutorem & matrem & propinquos de eligendo futuro marito convenire: & ſi diſſentiant, arbitrium Præſidis provinciæ adhiberi. Hoc illi in pupilla: ejuſque exemplo deinde Valentinianus, Valens & Gratianus etiam in vidua, intra quintum & viceſimum annum degente, poſt mortem patris, obſervari juſſerunt *l.* 18. *C. d. t.* Verba legis appoſui: quia non carent difficultate. *Quod ſi in conventionis delectu mulieris voluntas patris repugnat ſententiæ, & propinquorum: placet admodum (ut in virginum conjunctionibus ſancitum eſt) habendo examini auctoritatem quoque judiciariæ cognitionis adjungi: ut ſi pares ſint genere & moribus, is potior exiſtimetur, quem ſibi conſulens mulier approbaverit.* Locus deſcriptus ex *l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* cujus verba, ſi quis conferre velit, hæc ſunt. *Quod ſi in conditionis delectu mulieris voluntas certat ſententiæ propinquorum, placet admodum, ut in pupillarum conjunctionibus ſanctum eſt, habendo examini auctoritatem quoque judiciariæ cognitionis adjungi, ut ſi pares ſint:* & reliqua. Quid ergo eſt? vetus Codicis Theodoſiani Interpres recte animadvertit, hoc verſu tractari caſum a præcedente diverſum. illo dixerant Imperatores, quid vellent obtinere, ſi minor vidua ſui juris, vivo patre, ſuſtineat convenire in ſecundas nuptias. hoc dicunt, quid ſervari debeat, patre mortuo. Ita vero apparet, *patris* mentionem in *d. l.* 18. factam hoc in verſu, eſſe ſpuriam, & ſententiæ Imperatorum gravem. quid, ſi nec Græci *lib.* 28. *Baſilic. tit.* 4. *pag.* 248. *tom.* 4. agnoſcunt eam vocem; verſum illum ita transferentes, Fabroto interprete: *Puella minor annis viginti quinque, & ſui juris conſtituta, iterum nuptura, ex ſententia patris nubat. quod ſi pater deceſſerit, ex ſententia propinquorum.* Non igitur poteſt illo in verſu tolerari vox, *patris:* pro eaque ſubſtituit D. Cujacius *lib.* 3. *Obſerv. c.* 5. ſequentem, *matris*; poſtulante ſenſu. interim nec iſta extat in *d. l.* 1. *Cod. Theod.* neque apud Veterem ejus Interpretem, neque apud Græcos. proinde quod differt, ſit in medio. Illud certum, quod initio dictum, liberis in poteſtate exiſtentibus neceſſarium eſſe patris conſenſum. Quid, ſi is recuſet conſentire? Marcianus *l.* 19. *D. h. t.* ſic ſcribit: *Capite trigeſimo quinto Legis Juliæ, Qui liberos quos habent in poteſtate, injuria prohibuerint ducere uxorem vel nubere (vel qui dotem dare non volunt ex Conſtitutione Divorum Severi & Antonini) per Proconſules, Præſideſque provinciarum coguntur in matrimonium collocare & dotare. Prohibere autem videtur, & qui conditionem non quærit.* Plane non deſunt caſus in quibus patris conſenſu liberis non eſt opus. tales ſunt, ſi pater ſit furioſus, vel in hoſtium poteſtate, vel abſit: de quibus in *l.* 9. §. 1. *l.* 11. *D. h. t. l.* 22. §. 2. *D. de captiv. pr. Inſt. h. t.* ubi poteſt adiri V. CL. Janus a Coſta.

Tertium Legum præceptum ſpectat ad ipſorum contrahentium conſenſum: ſine dubio, quia nuptiæ ſunt viri & mulieris conjunctio, ipſa ſine conſenſu nulla: quippe, cum

ma-

magis animis, quam coitu, æſtimetur. Ab hac cauſa Paulus *l. 2. h. t.* Nuptiæ, inquit, conſiſtere non poſſunt, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coëunt, quorumque in poteſtate ſunt. Conſiſtit autem conſenſus ex duobus: nimirum ex intellectu & voluntate. illi contrarius eſt error, imperitiam detegens *l. 15. D. de juriſdict.* huic vis, etiam metus, adverſatur: ut demonſtratum ſupra ſub Titulo, *Quod metus cauſa.* In errore, quo de primum agam, eſt adhibenda hæc diſtinctio: quod alius putatur cadere in ſubſtantiam matrimonii, alius in accidentia. in ſubſtantiam cadit error in corpore: nec ambigitur, quin ille conſenſum excludat. quod ſi de corpore conſtet, in nomine diſſentiatur; nihil facit error nominis *l. 9. pr. & §. 1. D. de contrah. empt. l. 32. D. de verb. oblig.* Præterea attingit ſubſtantiam matrimonii error; ſi vir aut uxor laboret vitio matrimonii finem impediente. quale vitium eſt; ſi mulier tam arcta ſit, ut mulier fieri nequeat. item ſi vir ſit caſtratus, aut alioquin ab initio matrimonii uſque ad duos annos continuos (vel jure noviſſimo intra triennium) cum uxore coire, propter naturalem imbecillitatem, minime valeat. quo caſu núllum haberi matrimonium, Juſtinianus voluit *l. 10. & Authentic. Sed hodie C. de repud.* Non ita eſt; ſi quis putaverit, ſe ducere uxorem divitem, quam reperiat inopem. nam is error ſubſiſtit intra accidentia matrimonii; ad ſubſtantiam non penetrat: manifeſto, id vel ſine dote eſſe poſſe *l. 11. pr. & §. 1. C. d. t.* igitur nec ſolvit matrimonium, ſi præſertim actum ſit bona fide. nam admiſſo dolo, ſervantibus juris regulas, cur illi in nuptiis magis, quam in cæteris negotiis indulgeatur? potius dicendum, rem ſanctiſſimam, & ad ſolatium humanæ vitæ comparatam, nulla eſſe dehoneſtandam nequitia: ac, ſi emptionem venditionem, ſi ſtipulationem, alioſque contractus, detecto dolo, aut civili aut prætorio jure infirmamus: oportere profecto nuptias fraude & dolo contractas, pro infirmis haberi? Superiori quæſtioni affinis eſt ſequens, quid juris ſit, ſi quis pro virgine uxorem ducat mulierem ab alio imprægnatam? Sunt qui putent matrimonium valere; ideoque mulierem, ob fornicationem ante admiſſam, dimitti non poſſe. Alii diſtinguunt, utrum res adhuc conſtet intra ſponſalia; an jam perfectum ſit matrimonium: arbitrati, priore caſu repudio locum fore, poſteriore deficere cauſam reſcindendi matrimonii. Qui ſic cenſent, negant, ad vim matrimonii deſiderari, eam in quam conſentiatur, eſſe virginem. præterea cauſantur, ſi quis viduam ducat, quam putet numquam fuiſſe nuptam; virum ſapientem & rerum intelligentem, ſibi numquam imperaturum; ut, ob talem errorem, matrimonium diſſolvat. Quid dicimus? leviores eſſe has cauſas, quam ut ſufficiant demonſtrando quod conantur Docti Viri. primum cur ſponſalia diſtinguunt a nuptiis, pari utrimque ratione? deinde ut demus, virginitatem non pertinere ad ſubſtantiam matrimonii; eoque tam mulierem, quam virginem, uxorem duci poſſe: non tamen fuerit hoc rationis: niſi ubi vir vitiatam (quod de Pontiano privigno ſuo refert Apulejus, *Apologia.*) ſibi uxorem eſſe velit intellecto ſtupro. Nil mutat, quod dictum de vidua ducta pro muliere innupta. Nam ut taceam, hunc errorem turpitudine vacare: poteſt dici neganti, ſe de vidua cogitaſſe, ei licuiſſe inquirere, fueritne ante nupta, an non. cæterum, utrum virgo ſit, an non ſit, qua arte aut induſtria reſcire potuit? eſt igitur altero in caſu quod ei imputetur, in altero non eſt. Ne reſiſtam quidem ulterius præ ſe ferenti, hujuſmodi errorem, quaſi de ſubſtantia matrimonii ſit, conſenſum excludere; viro gravi, & ſapiente, ubi deliberat de aſſumenda vitæ ſocia, & procreandis liberis, non electuro aliam, quam caſtam & pudicam: cum qua ſe honeſto amore oblectet; a qua nihil metuat ſe indignum; multoque minus alienum foetum pro ſuo expectet. Quid hæremus, re manifeſta? mulier gerens ſe pro virgine, poſtquam paſſa eſt, ſe ſtuprari, non agit bona fide, ut oportuit in re ſanctiſſima. contra dolo malo decipit virum, de ea bene ſperantem. quid ni igitur, illi vel hoc argumento ſit cauſa diſſolvendi talis matrimonii, quantumvis perfecti? pari ratione qua Ulpianus *l. 11. §. 5. D. de actionib. empt. Si quis*, inquit, *virginem ſe emere putaſſet, cum mulier veniſſet, & ſciens errare eum venditor paſſus ſit, redhibitionem quidem ex hac cauſa non eſſe, verumtamen ex empto competere actionem ad reſolvendam emptionem, ut pretio reſtituto mulier reddatur.* Sic lego *lib. ſing. De forma emendandi doli mali c. 9.* ibidemque eum locum explico.

Quemadmodum error, ita metus, matrimonio nocet: non quidem omnis, ſed qui merito cadat in hominem conſtantem: de quo ſupra ſub Titulo, *Quod metus cauſa.* Talem metum, ab extraneo illatum contra bonos mores, habere cauſam reſcindendi matrimonii, nemo dubitat. idem putemus, ſi veniat a patre, qui filium habet in poteſtate: nam vel ſic fieri adverſus bonos mores, ideoque legibus improbari, auctorem habeo Terentium Clementem *l. 21. D. h. t.* verbis ſequentibus: *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.* Paulus *l. 13. D. de ſponſalib.* præterea ſic ſcribit: *Filio diſſentiente ſponſalia nomine ejus fieri non poſſunt.* Recte: nam (ut Donatus refert ad Terentium, *Andria* 1. 5. agens de nuptiis filiifamilias) *Nuptiarum non omnis poteſtas in patre eſt.* At enim Celſus *l. 22. h. t. Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, ſi ſui arbitrii foret, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluiſſe hoc videtur.* Sed videamus; ne Celſus non agat

de coactione vi aut verberibus aut qua atrocitate facta, de qua præcipue diſputamus: ſed de coactione profecta a reverentia patris. ecce: pater jubet, filium uxorem ducere. filius motus pudore patris, ducit uxorem qnam non duxiſſet, ſi ſui arbitrii fuiſſet. an valet matrimonium? dices, inter invitos non contrahi: in propoſito autem coactus eſt filius. at non vi aut verberibus; ſed urgente pietate: quam non improbant boni mores. ſecundum hos igitur non noluiſſe, ſed maluiſſe, dicendus eſt. Hoc in filiofamilias. An in filiafamilias quoque? Cave, putes. nam Veteres (quod intelligitur ex Ambroſio *lib. 1. De Abraham*: qui locus extat in *c. Honorantur c. 23. q. 2.*) credentes, *non eſſe virginalis pudoris, eligere maritum*, voluerunt, nuptias filiæfamilias ab unins patris voluntate pendere. Id præter Ambroſium probat quoque boc Honorii & Theodoſii *l. 20. C. b. t. In conjunctione filiarum in ſacris* (id eſt, in poteſtate) *poſitarum patris expectetur arbitrium.*

Poſſit quis putare, Imperatores hic jus novum conſtituere. Sed perinde ſunt accipiendi, ac ſi dicerent, Expectetur deinceps patris arbitrium ita, ut factum hactenus. Atqui Juliauns *l. 11. D. de ſponſalibus*, *Sponſalia*, inquit, *ſicut nuptiæ, conſenſu contrabentiam fiunt: & ideo ſicut nuptiis, ita ſponſalibus, filiamfamilias conſentire oportet.* Verum in promptu eſt reſponſio ex Ulpiano in *l. 12.* mox ſequente: *Sed quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur.* Plus addit Ulpianus §. 1. *Tunc autem ſolum diſſentiendi a patre licentia filiæ conceditur, ſi indignum moribus aut turpem ſponſum ei pater eligat.* Differt igitur filiusfamilias a filiafamilias. illi licet a patre diſſentire: huic non licet. bæc poteſt cogi, nubere: ille non poteſt cogi, uxorem ducere. Egregie Quintilianus *Declam. 376. Uxorem*, inquit, *non ducis quam volo. Quid tum? neſcis noſtri arbitrii eſſe matrimonia? affectus noſtri vobis non ſerviunt. non potes efficere imperio, ut vel amem quam velis, vel oderim. matrimonium vero tum perpetuum eſt, ſi mutua voluntate jungitur. cum ergo quæratur mibi uxor, ſocia tori, vitæ conſors, in omne ſeculum mibi eligenda eſt.*

Ex quatuor Legum præceptis quæ attigi ſupra, ultimum eſt, ne propter cognationem aut affinitatem, aliamve cauſam, nuptiæ prohibeantur. Incipiam a cognatione. Cognati (in *l. 4. §. 1. D. de gradibus*) ab eo dici putantur, quod quaſi nna commnniterve nati vel ab eodem orti progenitivi ſunt. ita cognatio eſt vinculum deſcendentinm ex eadêm ſtirpe. Intelligitur autem in §. 2. *d. l.* cognationis ſubſtantia bifariam: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur: nonnumquam utroque jure concurrente, & naturali & civili. naturalis cognatio per ſe ſine civili jure per fœminam deſcendit quæ vulgo liberos peperit. civilis per ſe, quæ etiam legitima dicitur, ſine jure naturali conſiſtit per adoptionem. utroque jure conſiſtit, cum juſtis nuptiis contractis copulatur. cognatio, quam deſcripſi, vulgo dicitur ſecnlaris. eſt vero præter hanc etiam quæ ſpiritualis appellatur: ea naſcitur inter ſuſceptorem & ſnſceptam, itemque inter ſuſceptricem & ſuſceptum, ex ſacro baptiſmate. prohibet autem hæc, nuptias inter illas perſonas contrahi *l. 26. C. b. t.* cognationis ſecularis (ſpiritualem enim omitto) Paulo *l. 9. D. de gradibus* dnæ ſunt lineæ: recta & tranſverſa. recta alia eſt ſuperior adſcendentium, alia inferior deſcendentinm. ex adſcendentibus nos ſumus nati: deſcendentes ex nobis. præter has lineas Paulo eſt & tertia, tranſverſa: in qua ſunt collaterales, una nobiſcum nati ex adſcendentibus. Unaquæque porro linea ſuis dividitur gradibus. hi dicti ad ſimilitudinem ſcalarum, fere generationibus intelliguntur *l. 10. §. 10. D. d. t.* Adeo quoties generatur perſona fit novus gradus: vereque dicimus, tot eſſe cognationis gradus, quot in ea ſunt generationes, vel (quod eodem redit) quot ſunt perſonæ, una dempta, tot eſſe gradus. bac ratione facilis eſt in linea recta graduum numeratio. ſic, verbi gratia, pater a filio diſtat gradn uno; avus a nepote ſecundo: quia inter patrem & filium eſt una generatio; inter avum & nepotem ſunt duæ. Simile quid eſt in tranſverſa linea, modo in hac, quærentibus duorum propinquitatem, ab uno primum adſcendamus ad communem utriuſque ſtipitem; ab eoque rurſus deſcendamus ad alterum; & quot adſcendendo & deſcendendo reperimus generationes, tot eſſe putemus gradus. ſic ſi quæratur, quoto gradu a me diſtet frater meus: primum a me adſcendendum ad communem ſtipitem qui eſt ntriuſque pater; ab eoque deinde deſcendendum ad fratrem. quo facto, apparebit, fratrem a me diſtare duobus gradibus, quia inter nos intercedunt duæ generationes: ubi pater primum me, deinde fratrem, generavit. Sic Paulus *l. 10. §. 9. D. de gradib.*

Intellecta ratione cognationis; videamus, quemadmodnm illa impediantur nuptiæ. Igitur non omnes nobis uxores dncere licere, ſed a quarumdam nuptiis abſtinendum eſſe, ac, ſi fiant, inceſtas appellari, Imperator ait §. 1. *Inſt. b. t.* Recte: eſt enim Inceſtus, maris ac fœminæ conjunctio, facta adverſus reverentiam ſanguini debitam. Is vero inceſtus ex ſententia Veterum Juriſconſultorum (nam de ea ſola erit noſtra diſputatio) eſt duplex: alius juris gentium, alius jnris civilis. alter conſtat utriuſque juris prohibitione: alter ſola probibitione juris civilis. Inceſtum juris gentium Paulus *l. ult. D. b. t.* ait admitti ab eo qui ex gradu adſcendentium vel deſcendentium uxorem ducit. Pomponius *l. 8. d. t.* Hoc jus, inquit, moribus, non legibus, introductum eſſe. Cum autem mores opponit legibus; procul dubio mores vocat,

fas

fas & jus naturæ: ut in illo Ovidii *lib.* 10. *Metamorph.*

Velle puta. res ipſa vetat. pius ille memorque Moris. – – –

Sic ſentio: eaque ratione in *d. l.* 8. porro ſubjici, nec libertinum poſſe libertinam matrem uxorem ducere. Paulus *l.* 14. §. 2. *d. t.* aliquanto plenius, ſerviles quoque cognationes, inquit, in hoc jure obſervandas eſſe: igitur manumiſſum non ducturum ſuam matrem: itemque e contrario patrem non poſſe filiam ducere, ſi ex ſervitute manumiſſi ſint: etſi dubitetur, patrem eum eſſe: ſed nec vulgo quæſitam filiam naturalem poſſe uxorem ducere. & hanc apponit cauſam: quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpiciendus eſt: contra pudorem eſt autem, filiam uxorem ſuam ducere. Ab hoc principio porro infert Juſtinianus *d.* §. 1. *Inſt. h. t.* hujuſmodi nuptias eſſe nefarias, id eſt, impias; eoque in infinitum prohiberi. quod & Gajus confirmat *l.* 53. & Scævola *l.* 54 *h. t.* præterea addit Imperator *d* §. 1. hæc eſſe adeo vera; ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumque loco ſibi eſſe cœperint, non poſſint inter ſe matrimonio jungi: in tantum, ut etiam diſſoluta adoptione idem juris maneat. Sed apparet, Juriſconſultos Veteres conſenſu exiſtimaſſe, parentum ac liberorum nuptias fieri adverſus pudorem naturalem; ideoque his inceſtum jure gentium admitti. Cauſa autem, cur huc decurrerint, nulla adfertur; nec, ſi ſinceri erimus judices, tam facilis eſt demonſtratu, quam paſſim creditur. Quamquam me non præterit, ex Ovidii *lib.* 10. *Metamorph.* allegari confuſionem nominum & jurium cognationis: qua idem qui eſt pater, fiat filiæ ſuæ maritus, & liberorum ſuorum non modo pater, ſed etiam frater & avus: ſimiliter quæ eſt filia, fiat uxor patris, & liberorum ſuorum mater, ſoror quoque & avia. eamque rem ab Oedipo (apud Senecam *Thebaid. verſ.* 136.) monſtroſam atque inexplicabilem appellari, non minus ſcio. ne inficior quidem, illam cauſam improbandæ hujuſmodi conjunctionis commendari utilitate tuendæ in familia reverentiæ, ideoque aptam videri ferendæ in republica legi civili: ſed ad probandam juris naturalis providentiam quam quærimus, ſine præjudicio nihil efficit. Niſi quis poſſit ſibi perſuadere, illa nominum & jurium confuſione, in quam ſponte conſentiant parentes & liberi, tolli ſocietatem humanæ conjunctionis: ad quam (ut demonſtravi ſupra ſub Titulo, *De juſtitia & jure*) unice reſpicit jus naturæ & gentium. Sed ei qui ſic cenſeat, res reclamat manifeſte. tum exemplum Perſarum; id eſt, gentis, ſi quæ alia, egregie cultæ & moratæ: in qua uſitatas hujuſmodi nuptias fuiſſe, inter alios memorat Minucius Felix, *Octavio pag.* 35. & Servius ad Virgilium, *lib.* 6. *Aeneid. verſ.* 623. Addamne Hieronymum? addam. is *lib.* 2. *Adverſ. Jovinian.* ſic ſcribit: *Perſæ, Medi, Indi, & Aethiopes, regna non modica, & Romano regno paria, cum matribus & aviis, cum filiabus & neptibus copulantur.* Et paulo poſt: *Pervides igitur, quod non ſolum in eſu, ſed & in ſepulturis, & in connubiis, & in omni converſatione unaquæque gens ſuo ritu & proprietatibus victitet, & hoc eam naturæ legem putare quod didicit.* Præter hæc obſervandum, quod vel Plato illas nuptias optime quidem, ſed non alio, quam civitatis inſtituto improbari, arbitratur *lib.* 8. *De legibus pag. mihi* 911. eo nomine reprehenſus ab Ariſtotele *lib.* 2. *De republica c.* 4. Idem de Chryſippo ex ſecta Stoicorum tradit Plutarchus *lib. De Stoicor. repugnant. edit. Pariſ. pag.* 1044. addens, illum argumentum ſumpſiſſe a cæteris animalibus, ab illa conjunctione non abſtinentibus: ſic vero teſtimonium repugnantis naturæ accipi non improbabiliter. Finiam hunc articulum, ſi ſubjecero; quod omnia in utramque partem diſputata a Philoſophis quos conſuluiſſe poſſunt Veteres Juriſconſulti videri, conjunxit ac repræſentavit Ovidius *lib.* 10. *Metamorph.* in cauſa Myrrhæ. ipſum adducerem locum; niſi prolixior eſſet, & omnium manibus tereretur eruditiſſimus Poëta.

Tantum de cognationis linea recta. ſuccedit tranſverſa: in qua ſimilem, ſed non tantam, eſſe obſervationem, ait Juſtinianus §. 2. *Inſt. h. t.* &, ut videtur, duplice ratione. una eſt, ut amicitia illa providentia inter homines latius diffundatur: quod in republica fieri, intereſt civilis ſocietatis. altera ratio eſt: quod inter propinquos more Romano erat jus oſculi. meminit Suetonius, *Claudio c.* 26. & Propertius *lib.* 2. *Eleg.* 5. Id vero jus quid notat; niſi quod libera atque inobſervata inter eos erat converſatio, ejuſmodi illecebris facile ſtupris & adulteriis, ne quid gravius dicam, datura occaſionem; ſi poſſent inter eas ſperari nuptiæ. priorem attingit Plutarchus, *Quæſtion. Roman.* poſterioris documentum in hoc Biblidis apud Ovidium *lib.* 9. *Metamorph.*

Dulcia fraterno ſub nomine furta tegemus.
Eſt mihi libertas tecum ſecreta loquendi,
Et damus amplexus, & jungimus oſcula coram.
Quantum eſt quod deſit? – – –

Eſt igitur (ut in *d.* §. 2. ait Imperator) inter eas perſonas quæ ex tranſverſa linea junguntur, obſervatio ſimilis ei quæ eſt in recta: non tamen tanta. nimirum, quia nuptiæ in linea recta ex ſententia Juriſconſultorum Veterum (de qua ſola deliberamus) tam gentium, quam civili jure improbantur: in tranſverſa vero linea ſaltem civili, non etiam gentium, jure. Fuerit argumentum: quod in linea recta prohibentur nuptiæ inter patrem & filiam, ſine diſtinctione, utrum ſit adoptiva, an naturalis: nec minus ſublata, quam conſtante, adoptione §. 1. *Inſt. h. t.* ſed in

tranſverſa non ita eſt inter fratrem & ſororem. nam ut inter eos vetentur nuptiæ, durante adoptione: ea finita, ſunt permiſſæ §. 2. *d. t.* non aliam ob cauſam, quam quod in linea recta jure gentium damnantur ob impietatem: in tranſverſa jure civili, ſolo legum arbitrio, ob cauſam civilem, non utique impiam. Forte ab eadem cauſa prohibentur nuptiæ in linea recta in infinitum *d.* §. 1. cum in linea tranſverſa ſaltem prohibeantur uſque ad quartum gradum inter eos qui parentum & liberorum locum inter ſe non obtinent. Miſſa hæc facio. quod intendo, fortius probaturus auctoritate Pauli *l. ult. D. h. t.* cujus in omnibus editionibus talia extant verba: *Jure gentium inceſtum committit, qui ex gradu adſcendentium vel deſcendentium uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur vel adfinem quam impeditur: ſi quidem palam fecerit, levius; ſi vero clam hoc commiſerit, gravius punitur. cujus diverſitatis illa ratio eſt circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur: palam delinquentes, ut errantes, majore pœna excuſantur: clam committentes, ut contumaces puniuntur.* Ut lucem faciam loco obſcuro, atque, ut mihi videtur, etiam affecto, duo præmunienda ſunt. primum eſt; quod inſtituta a Paulo eſt diſputatio de inceſtu in cognationis linea recta & tranſverſa: non de inceſtu in hac aut illa adfinitatis linea. ſupputemus ſummam loci: exit tantum ad cognationis, non etiam ad adfinitatis, lineam rectam aut tranſverſam. ſic vero puto, hæc verba, *vel adfinem quam impeditur*, eſſe plane aliena a ratione Pauli; eiſque ejectis, ſcribi oportere, *Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur: ſi quidem:* & reliqua. quod miror, fugiſſe hactenus Viros Doctos: præſertim cogitantes, nuptias in tranſverſa adfinitatis linea, florente Paulo, adhuc nullas fuiſſe prohibitas: ac de mutatione in ea poſt inſecuta Conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum, qua de in loco dicetur, ſomniare non potuiſſe eum cui numquam fuerat cognita. Alterum quod præmuniendum exiſtimavi, eſt quod hic verſus, *Jure gentium inceſtum committit, qui ex gradu adſcendentium vel deſcendentium uxorem duxerit*, videtur otioſus: cum non appareat ejus ſcopus aut finis ullus: non ſequente deinde, ad quod ea ſpectet præparatio. nam quod mox ſubjicitur, indicat quidem, quo pacto uxore ducta ex latere, quæ vetatur duci, temperanda ſit pœna inceſtus ex latere admiſſi: at de pœna inceſtus adverſus jus gentium commiſſi, uxore ex gradu adſcendentium vel deſcendentium ducta de qua exſpectatur tractatus, altum eſt ſilentium. Dicatur igitur ille verſus cujus nulla utilitas, nulla ratio, à Paulo inconſiderate poſitus in initio *d. l.* Oſtendi nubem Pauli conſilium abſcondentem. Eam ut diſcutiam; puta, deficere illo in verſu membrum ad complementum ſermonis neceſſarium. genus tale loquendi Anantapodotum appellatur; ſi rem dicam, eſt vitioſum, & a Quintiliano merito improbatum *lib. 8. Inſtit. orat. c. 2. ad fin.* a Veteribus tamen Auctoribus non uſque quaque evitatum. Exempla dedi *lib. ſing. Ad Edict. de pact. & tranſact. c. 22.* & ſupra ſub Titulo *De minoribus*. infra quoque ſub Titulo, *De donat. int. vir. & uxor.* Nunc in præſenti ſic puta. Paulus inceſtum facit duplicem: unum eſſe dicit juris gentium; eumque committi: ſi quis uxorem duxerit ex gradu adſcendentium vel deſcendentium. alterum ait admitti ab eo qui ex latere duxerit uxorem quam vetatur. quo autem jure is cenſeatur, non exprimit. eſſe tamen inceſtum dubitari nequit *l. 39. §. 1. D. h. t.* cæterum Paulus, cum eum diſtinguit a priore quem vult admitti jure gentium, ſequentem juris civilis eſſe, exiſtimaſſe credendus eſt. Sic hæc prima ad dictum verſum obſervatio. Quæ altera? quod uxore ducta ex gradu adſcendentium vel deſcendentium, pœna hujus inceſtus, quamvis palam admiſſi contracto matrimonio, nec mari, nec fœminæ indulgetur: nec ad rem pertinet, quod is inceſtus dicatur per errorem, non dolo malo admiſſus: quia putatur eſſe juris gentium; quod omnibus hominibus a natura traditum tam fœminis, quam maribus, a nullo ignorari fas eſt *l. 2. C. de in jus vocando.* Hoc in oculis habuit Paulus in primo legis verſu, hic ejus ſcopus, hic finis. At non eſt verbis expreſſus. Eſto: ſed, ut fit in hujuſmodi loquendi genere, ex ſequentibus colligendus. Age igitur vel hæc conſideremus. Paulus diſputans deinde de inceſtu qui ex latere fiat, id eſt, ut dixi, jure civili, non peræque idem cenſet. contra hic diſtinguit; utrum inceſtus palam ſit admiſſus contracto matrimonio; an clanculum. priore caſu eum levius puniri ſuadet: poſteriore gravius. qua ratione? aït, palam delinquentes videri juris ignorantia lapſos: clam committentes peccaſſe ſcienter dolo malo, atque in contumeliam ſanguinis. æquitatis igitur eſſe, hos puniri ut contumaces: illis ignoſci errorem qui ſit juris civilis, in fœminis plerumque probabilis; in maribus aliquando, præſertim minoribus. Sic feci, ut Paulo conſtet ratio quam infuſcavit Anantapodotum. Eſt vero hæc mea ſententia eo veroſimilior: quod etiam Pauli præceptor Papinianus *l. 38. pr. §. 1. 2. 3. D. Ad leg. Jul. de adult.* idem tenuit iter in utraque cognationis linea, & recta & tranſverſa: ejuſque auctoritatem hic ſecutus videri poteſt Paulus: monſtrante utriuſque ratiocinatione. Sed redeo ad Paulum. cum non timuiſſe, inceſtum qui ex latere ſit, legibus, id eſt, juri civili, adſcribere, manifeſtum prorſus eſt ex *l. 35. §. 1. D. de verb. oblig.* ubi de nuptiis fratris & ſororis ita ſcribit: *Item quod leges fieri prohibent, ſi perpetuam cauſam ſervaturum eſt, ceſſat obligatio: veluti ſi ſororem [ſuam] nupturam*

ram aliquis ſtipuletur. quamquam etiam ſi non ſit perpetua cauſa, ut recidit in ſorore adoptiva, idem dicendum ſit: quia ſtatim contra mores ſit. Paulus in principio hujus legis dixerat, Si ſtipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligationem conſiſtere, quam cum ſtipulor, ut detur, quod dari non poteſt. nunc in §. 1. ſubjicit, idem eſſe in eo quod leges fieri prohibent, etſi natura permittatur: quia vel hoc pro impoſſibili habetur *l. 15. D. de condit. inſtit.* maxime autem huc it Paulus; ſi perpetua ſit cauſa prohibitionis, quamvis legibus factæ. ac, ne deeſſet exemplum, ponit tale: ſi ſororem ſuam naturalem nupturam ſibi aliquis ſtipuletur. putat igitur Paulus, nuptias fratris & ſororis poſſe fieri permittente natura: ſed legibus vetari, atque in perpetuum, ſive in patris poteſtate ſoror ſit, ſive ſit emancipata. Hoc in naturali. Sed fac: aliquis ſtipulatus eſt, ſibi nupturam ſororem adoptivam. hanc, conſtante adoptione, ducere non poteſt: finita poteſt. eſt igitur cauſa hujus prohibitionis non perpetua, ſed temporalis. quid dicimus? ſtipulationem valere hac in ſpecie? Aliquis dicat, quod Præſes provinciæ prohibetur, mulierem provincialem, durante adminiſtratione, uxorem ducere: finita, non prohibetur; & interim poteſt eam deſponſare *l. 38. D. h. t.* quid ni idem vel ſimile ſit in ſorore adoptiva? Sed aliter ſedet Paulo. quæſo, qua cauſa? quia, inquit, ſtatim contra mores ſit: apparet, Paulum, mores legibus terminantem, deſignare mores civitatis, non communes naturæ mores; exemplo Cornelii Nepotis, *Præfatione*, de fratris & ſororis matrimonio ita loquentis: *Id noſtris moribus nefas habetur.* Senſus igitur Pauli eſt, quod ſtipulatio de ducenda ſorore adoptiva ſtatim eſt turpis moribus, ſive legibus, civitatis. ex præſenti autem æſtimatur ſtipulatio, non ex futuro *l. 137. §. 6. D. de verb. oblig.* contra eſt in nuptiis Præſidis cum muliere provinciali: quæ etſi Mandatis Principis ſint illicitæ; non idcirco turpes habentur; quin depoſito officio fiunt juſtæ, ſi in eadem voluntate perſeveretur *l. 65. §. 1. D. h. t.* Reſtat igitur, nuptias in tranſverſa linea a Juriſconſultis tantum civili, non etiam gentium, jure inceſtas videri. At enim Pomponius *l. 8. D. h. t. Libertinus*, inquit, *libertinam matrem aut ſororem uxorem ducere non poteſt: quia hoc jus moribus, non legibus, introductum eſt.* Quid, ſi præſtet, poni: *Libertinus libertinam matrem uxorem ducere non poteſt?* ſic ſcripſit Pomponius. quo auctore? Pomponio: nec deſideres magis idoneum. is ſane cauſatur: *quia hoc jus moribus, non legibus, introductum eſt.* Convenienter his quæ de nuptiis adſcendentium & deſcendentium dixerunt Veteres Juriſconſulti. ſed hi idem non dixerunt in nuptiis ſororis. contra exiſtimarunt, has eſſe legibus vetitas, non moribus. Audeamus igitur apud Pomponium delere verba, *aut ſororis*, ei nullo jure obtruſa; ſed id vidit etiam Dominus Cujacius V. Cl. *lib. 16. Obſerv. c. 37.* Illa levis, frequens tamen & vetus jactatio, experientia magiſtra diſci, fratres & ſorores adverſus amores illicitos habere averſionem, quaſi abſterrente vi humanæ naturæ. Meo enim judicio, verius eſt, hujuſmodi averſionem, ſi quæ ſit aliquibus, non venire a natura, ſed ab educatione & diſciplina locorum in quibus amores illi ſunt vetiti. Ain' tu? niſi quis auſit negare, Athenienſes, Lacedæmonios, Ægyptios, aliosque populos politos, nobiles, magnificos, apud quos fratrum aut ſororum nuptiæ, vel omnino vel ex parte, fuerint licitæ, fuiſſe homines, humanæ naturæ æque participes, ac Romanos & alios apud quos erant vetitæ: illos tamen eam averſionem ab hujuſmodi nuptiis non habuiſſe, unde manifeſtius eſt, quam quod eas quotidie contraherent? Commode Cornelius Nepos *in Præfatione. Hi erunt fere qui expertes Græcarum literarum, nihil rectum niſi quod ipſorum moribus conveniat, putabunt. hi ſi didicerint, non eadem omnibus eſſe honeſta, atque turpia, ſed omnia majorum inſtitutis judicari, non admirabuntur, nos in Grajorum virtutibus exponendis mores eorum ſecutos. Neque enim Cimoni fuit turpe Athenienſium ſummo viro, ſororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives ejus eodem uterentur inſtituto. at id quidem noſtris moribus nefas habetur.* Nepoti jungamus Platonem *lib. 8. De legibus.*

A ſecundo gradu lineæ tranſverſæ moveamus pedem ad tertium. De quo ita Juſtinianus *§. 3. Inſt. h. t. Fratris vero vel ſororis filiam uxorem ducere non licet: ſed nec neptem fratris vel ſororis quis ducere poteſt, quamvis quarto gradu ſint. cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur.* Et mox addit *§. 5. Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec materteram: quia parentum loco habentur. qua ratione verum eſt, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.* Sic Imperator. qua ratione? eadem, opinor, quæ allata eſt in gradu ſecundo. Vetitæ igitur fuerunt nuptiæ etiam in tertio gradu tranſverſæ lineæ, & civili, non naturali, jure: ut eſt paulo ante monſtratum ex Paulo *l. ult. D. h. t.* Nec jam male Papinianus *l. 38. §. 1. 2. 3. D. Ad leg. Jul. de adult.* inceſtum hoc in gradu admiſſum per errorem excuſat quaſi ſit juris civilis: non excuſaturus, ſi eſſet juris gentium. Accedit, quod Senatuſconſulto Claudiano (de quo Suetonius, *Claudio c. 26.*) nuptiæ inter patruum & fratris filiam palam fuere permiſſæ: judicante Senatu ex ſententia Vitellii, illas natura non prohiberi: auctore Tacito *lib. 12. Annal. c. 6.* Obtinuit tamen id Senatuſconſultum (ut arbitraria ſunt a legibus profecta omnia) intra Urbem tantum; non etiam in provinciis: nec porrectum ad ſororis filiam.

ſervatum interim in fratis filia fuit jure Pandectarum, ſed deinde mutatum. id diligenter docui *lib.* 2. *Obſerv. c.* 5. Liceret mihi hinc nunc recedere: niſi metuerem; ne cui abſurdum videretur, quod in *d.* §. 3. *&* 5. *Inſt. h. t.* patruus, avunculus, amita, matertera, perhibentur fratrum & ſororum liberis eſſe parentum loco: quod & fit in *l.* 39. *pr. D. h. t.* & tamen dixi, cum his inceſtum tantum admitti jure civili: quamvis alioquin inter conſimiles perſonas, quales vitricus, noverca, privignus, privigna, ſocer, ſocrus, gener, nurus, inceſtus credatur fieri jure gentium. Ut igitur vel hic eximatur ſcrupulus, deliberent eruditiores; an ea comparatio, quæ me urit, ſuos habeat gradus: poſſitque ſine abſurditate dici, ex omnibus illis perſonis alias verius & quodammodo arctius reputari parentum & liberorum loco; alias remotius & laxius. ſane vitricus, ut eſt maritus matris, per eam habet imaginem veri patris, eoque nomine honeſtius cenſetur: noverca quoque, cum ſit uxor patris, matrem re & nomine imitatur: cum patruus, avunculus, amita, matertera, patris aut matris tantum ſint fratres & ſorores: licet aliquo reſpectu accedant ad vicem parentum. Ita apparet diſcrimen: ſimul, cur placuerit Veteribus, cum aliquibus inceſtum jure gentium committi; cum aliquibus jure civili.

Superiori obſervationi proxima eſt ſequens hæc Theophili; quod Imp. Juſtinianus in *d.* §. 5. *Inſt. h. t.* poſtquam dixit, *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet:* deinde verbis hiſce, *Item nec materteram*, non appoſuit illa, *Licet adoptivam:* & præfatur Theophilus; quod matertera non fit per adoptionem, ſicut nec avunculus: videlicet, quod per adoptionem non adquiritur naturalis cognatio, ſed dumtaxat agnatio quæ eſt legitima & civilis. proinde non habetur matris loco ſoror uterina aut ſoror uxoris adoptivi patris; nec ejus matertera; nec magis adoptiva matris ſoror *l.* 12. §. *ult. D. h. t. l.* 23. *D. de adopt.* conſequenter poſſunt omnes uxores duci. Theophilo tamen de veritate litem movet Gajus *l.* 55. §. 1. *D. h. t.* verum ad hanc vide ſis D. Cujacium *lib.* 23. *Obſerv. c.* 36. adderem Contium *lib.* 1. *Subſeciv. lect. c.* 9. Hotmanum *De ritu nupt. c.* 4. Bachovium *ad Treutl. pr.* 2. *Diſp.* 6. *theſ.* 2. *lit. C.* alios: niſi omnibus præſtaret Cujacius.

Supereſt tranſverſæ lineæ gradus quartus: de quo ita Juſtinianus §. 4. *Inſt. h. t. Duorum autem fratrum vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis conjungi poſſunt.* Theophilus vertit, *conjungi non poſſunt.* puto, non ex ſententia Juſtiniani: nam is in gradu quarto lineæ tranſverſæ, nuptias permittit §. 3. præcedente: utique inter eos qui non ſint parentum & liberorum loco. tales autem ſunt fratrum & ſororum liberi. poſſunt igitur conjungi ex ſententia Juſtiniani. Eodem pertendit Paulus, ut eſt a Triboniano poſitus *l.* 3. *D. h. t. Si*, inquiens, *nepotem ex filio & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptias inter eos me ſolo auctore contrahi poſſe, Pomponius ſcribit, & verum eſt.* Quid, ſi inſuper Arcadius & Honorius *l.* 19. *C. h. t.* indulgent licentiam celebrandis inter conſobrinos nuptiis? Res certa: etſi ſinceritatem ejus Conſtitutionis ſollicitat Antonius Contius *lib.* 1. *Subſeciv. lect. c.* 9. Sed illi reſpondit Jacobus Gothofredus ad *l.* 3. *Cod. Theod. De inceſt. nupt.* Variatum aliquoties fuiſſe hac in parte non ignoro: poteſtque id videri apud Briſſonium *De jur. connub. p.* 219. *& ſeqq.* Hotmanum *De rit. nupt. c.* 5. *p.* 424. Albericum Gentilem *lib.* 5. *De nupt. c.* XI.

Proximum eſt, ut de affinitate diſputemus. nam vel hanc nuptiis impedimento eſſe, ſupra monui. Sunt autem affines (auctore Modeſtino *l.* 4. §. 1. *D. de gradib.*) viri & uxoris cognati: dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diverſæ inter ſe ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. Senſus Modeſtini, cognationem unius conjugis per nuptias accedere ad finem cognationis alterius: eaque copulatione fieri affinitatem. Modeſtino utriuſque cognationis finis eſt maritus & uxor. Ita vult, mariti cognatos fieri affines uxori, & uxoris cognatos fieri affines marito, utriuſque vero cognatos inter ſe non fieri affines. Quod & Donato viſum ad Terentium *Adelph.* 5. 8. ubi, *Uxoris*, inquit, *cognati marito affines ſunt.* Adeo affinitas eſt, neceſſitudo inter unum conjugem & alterius conjugis cognatos: licetque demonſtrandæ rei cauſa, ejus duas facere lineas: rectam & tranſverſam: exemplo cognationis: cujus ſimulachrum eſt. Affinium tamen gradus nullos eſſe, Modeſtinus ſcribit: magis nomina dici *d. l.* 4 §. 4. convenitque Titulus, etiam Inſcriptio *l.* 10. *d. t. De gradibus & adfinibus & nominibus eorum.* Paulus contra *d. l.* 10. *Juriſconſultus*, inquit, *cognatorum gradus & adfinium noſſe debet.* Niſi quis malit: *Juriſconſultus, cognatorum gradus & adfinium nomina noſſe debet.* Hoc ſi minus placet: putemus, non eſſe affinium gradus proprios; ſed eſſe improprios & quaſi gradus; quomodo apud Donatum ad Terentium *d. loc. Multi gradus & veluti rami ſunt propinquitatis in affinitate & cognatione diſpoſiti.* Ita prorſus quo gradu quis eſt marito cognatus, eo gradu uxori eſt affinis: & vice verſa, quo gradu quis uxori eſt cognatus, eo gradu marito eſt affinis.

Nunc age affinium nuptias conſideremus. Sunt hæ in linea recta prohibitæ, verbi gratia, inter vitricum & privignam, novercam & privignum, ſocerum & nurum, ſocrum & generum: ut invicem ſunt parentum & liberorum loco *l.* 4. §. 7. *D. de gradibus* §. 6. *&* 7. *Inſt. h. t.* prohibitæ vero eadem ratione qua impediuntur in linea recta cognationis: id eſt,

eſt, in infinitum *l.* 40. *D. h. t.* & tam naturæ, quam civili, jure. In hac ſententia fuiſſe Papinianum, mihi perſuadêt *l. ult.* §. 1. *D. de condict. ſin. cauſ.* modo recte intelligatur. Caſus talis: Noverca privigno, aut nurus ſocero, pecuniam dedit dotis nomine. non nupſit. quæritur, an pecunia repeti poſſit, quaſi data ſine cauſa? dubitatio vertitur, quod hujuſmodi matrimoniis jure gentium ſit inceſtus; ideoque turpis eſt datio acceptioque: porro in pari cauſa melior eſt conditio poſſeſſoris, quam ejus qui non poſſidet: hic præſertim, ubi jus gentium, omnibus innatum hominibus, ne mulieres quidem ignorare oportet. ita prima facie videri Papinianus fatetur: ipſe tamen aliud reſpondet: non quod neget, matrimonia inter novercam & privignum, vel nurum & ſocerum, ſimileſque perſonas, jure gentium haberi inceſta. minime: (nam contrarium docet *l.* 38. *D. Ad leg. Jul. de adult.*) ſed quod putat, pecuniam in propoſito non eſſe datam ob cauſam turpem. & vere: non eſt enim data ob ſtuprum: ſed ob nuptias. hæ autem non ſunt ſecutæ; ac ne ſequi quidem poſſunt. optime igitur repetitur hic pecunia condictione, quaſi data ſine cauſa.

Hoc in affinitatis linea recta. quid in tranſverſa? in ea nullæ fuere nuptiæ aut jure gentium, aut jure civili, prohibitæ: Veteribus memoriam affinitatis quæ fuerit ſtante matrimonio, eo ſoluto negligentibus, præterquam inter eos qui eo durante fuerint parentum & liberorum loco *d.* §. 6. *&* 7. *Inſt. h. t.* Rem dico: ſatis noto matrimonio M. Craſſi cum uxore defuncti fratris, & (teſtimonio Plutarchi in *ejus vita c.* 1.) ſine reprehenſione. Præterea refert Apulejus, *Apolog.* tamquam rem licitam & uſitatam, Æmiliam Pudentillam ejus uxorem, poſt mortem Sicinii Amici, cui ante nupta fuerat, tabulas nuptiales juſſu ſoceri feciſſe cum altero ejus filio Sicinio Claro prioris mariti fatre. Apulejus *ibidem* deinde exemplum etiam aliud ex eadem prodit familia hiſce verbis: *Mulierem aliquam multo natu majorem, nuperrime uxorem fratris miſero puero objicit & obſternit.* Mitto exempla: quando jure civili ante licitas olim fuiſſe nuptias fratris cum defuncti fratris vidua, palam teſtatur Imp. Conſtantinus, vel, ſi mavis, Conſtantius, ipſe eas prohibens *l.* 2. *C. Theod. de inceſt. nupt.* verbis ſequentibus: *Etſi licitum Veteres crediderunt, nuptiis fratris ſolutis, ducere fratrem uxorem: licitum etiam poſt mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejuſdem ſorore conjugium: abſtineant hujuſmodi nuptiis univerſi: nec æſtiment, poſſe legitimos liberos ex hoc conſortio procreari: nam ſpurios eſſe convenit qui naſcentur.* Atque hoc placuit etiam *l.* 5. *&* 8. *C. eod. tit.*

Reliquum eſt ex quarto Legum præcepto; ut inveſtigemus perſonas cæteras quas Imp. Juſtinianus §. 11. *Inſt. h. t.* dicit, propter diverſas rationes, prohiberi nuptias contrahere, & in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex vetere jure collectarum enumerari. Eſt vero talis Senator, item filius, nepos, pronepoſve, ex filio. nam hi Lege Julia & Papia libertinam, aut quæ ipſa, cujuſve pater, materve, artem ludicram fecerit, uxorem ducere prohibentur. videlicet, ne Senatoria dignitas conjunctione talium perſonarum evileſcat. Eadem ratione noluit ea Lex, hujuſmodi perſonis nubere Senatoris filiam, neptem, aut proneptem ex filio. Verbis Legis quæ extant *l.* 44. *D. h. t.* diligentiam interpretando accommodavit V. Cl. Barnabas Briſſonius, *De jure connubiorum pag.* 190. *& ſeqq.* nec curatiorem quis deſideret. Eadem Lege Julia propoſita fuit etiam alia cauſa impediendi matrimonii, ætas maris ſexagenarii, & fœminæ quinquagenariæ: præſumente Lege, poſt hanc ætatem in utroque ſexu deficere matrimonii finem, jure civili creditum ad unam reſpicere liberorum procreationem. Meminit hujus capitis Legis Juliæ Lactantius *lib.* 1. *Divin. inſtit. c.* 16. & Ulpianus, *Fragm. tit.* 16. etiam Senatuſconſulti, poſt eam facti temporibus Tiberii, & a Claudio rurſus abrogati, Suetonius, *vita Claudii c.* 23. ſed quomodo; diſputant in Notis Caſaubonus & Torrentius: tum Jacobus Gothofredus, *ad Leg. Jul. & Pap. c.* 2. *pag.* 316. *& ſeq.* item Jacobus Perizonius *Diſſert. ad Leg. Voconiam pag.* 154. *& ſeqq.* ſed conjecturis agunt omnes, & parum extricant. ipſe quoque quod pro certo edam, non habeo: & huic inſtituto ſufficit, Legem Juliam & Papiam Juſtiniani Conſtitutione in totum eſſe ſublatam *l.* 27. *C. h. t. & l.* 12. *C. de legitim. heredib.* Superioribus perſonis addendus tutor & curator, eorumque filius: quibus prohibitæ ſunt nuptiæ cum pupilla vel adulta, cujus tutelam vel curam geſſerint. Quo jure? Oratione Divi Marci & Commodi. hi nominantur in Inſcriptione *l.* 60. *D. h. t.* quamvis a Tryphonino *l.* 67. §. 3. ſolus indicetur D. Marcus pari forma, qua Papinianus *l.* 23. *D. de donat. int. vir. & uxor.* vocat Orationem D. Severi quæ eſt Severi & Antonini: ut ſub illo Titulo oſtendam. Sed nunc de præſente agam: quam (hoc quaſi in tranſitu monebo) a Senatu approbatam etiam Senatuſconſultum appellari conſtat *l.* 59. *l.* 64. §. 1. *d. t.* Ideo autem dicitur Oratio hujuſmodi nuptias vetuiſſe, quia erat metus; ne pupillæ fraude, vi, aut reverentia viri aut ſoceri in re familiari circumſcriberentur ab his qui rationes eis geſtæ tutelæ reddere compelluntur *l.* 64. §. 1. *D. d. t.* atque hanc cauſam ipſa contineri Oratione, ex Tryphonino intelligitur *l.* 67. §. 3. *&* 4. *h. t.* Locuta igitur fuit Oratio de prohibendis nuptiis tutoris vel curatoris cum pupilla vel adulta. ſed de prohibendis nuptiis matris locuta non fuit *l.* 2. *C. de interdict. int.*

pup.

pup. & tutor. Pupillam etiam cum nominat, de ejus ſtatu aut conditione nihil addit: quare aſſentior Papiniano *l. 62. §. ult. D. h. t.* exiſtimanti, nihil referre, qualis ſit; utrum adhuc virgo ſit, an jam mater ex alio matrimonio facta. Non magis ſollicitus eſt Papinianus, quando pupilla ducatur uxor, quamdiu non eſt a tutore reddita tutelæ ratio. imo ne curat quidem; an ſit reddita: utique ante conſtitutum tempus ætatis ejus. ſic loquitur *d. §. ult.* ſine dubio interpolatus ex *l. ult. C. de tempor. in integr. reſtit.* ubi minoribus, poſt annum vigeſimum quintum, deſiderantibus in integrum reſtitui, conſtitutum a Juſtiniano eſt quadriennium continuum: cum ante a Prætore indulgeretur annus utilis. Paulus *l. 66. D. h. t.* eum annum ſic exprimit: *Non eſt matrimonium, ſi tutor vel curator pupillam ſuam intra vicenſimum & ſextum annum ducat uxorem.* Quam Paulus vocat annum vicenſimum & ſextum, eſt annus utilis: intra quem, eo florente, poterat pupilla a tutore læſa, poſt annum quintum & viceſimum adhuc petere in integrum reſtitutionem. Ita clare Imperatores *l. 6. C. de interdict. matrim. int. pupil. & tut.* & Tryphoninus *l. 28. §. 3. D. de lib. & poſth.* Vetat igitur Oratio, tutorem jungi matrimonio pupillæ, quamdiu eſt obnoxius rationibus tutelæ. Hoc plus putat Calliſtratus *l. 64. §. 1. D. h. t.* ſententia Senatuſconſulti apprehendi quoque heredem tutoris non dicam ſuum, ſed etiam extraneum. quam ob rem? quia vel hic defunctum repræſentat: & Senatus hujuſmodi nuptias ideo prohibuit; ne pupillæ ab his qui compelluntur eis reddere rationes geſtæ tutelæ, in re familiari circumſcribantur. Similiter ait Paulus *l. 60. d. t.* ſi quis tutor quidem non ſit, (id eſt, ut ego interpretor, ſi amplius quidem tutor non ſit; vel ſi jam deſierit eſſe tutor) periculum tamen ad eum pertineat, (id eſt, adhuc tamen ad eum pertineat periculum) veluti ſi pupilla ab hoſtibus capta fuerit, aut ille falſis allegationibus a tutela ſe excuſaverit, ut ex ſacris Conſtitutionibus periculum ad eum pertineat: eſſe quæſitum, an ſententia Orationis contineatur? Et putat, hos quoque ad Senatuſconſultum pertinere. Idque etiam ſequente fulcit argumento: quia & hujuſmodi periculum in numerum trium tutelarum computari, comprobatum eſt. Ab eadem cauſa quoque e contrario ait, ſi propter alterius perſonam periculum ad eum pervenit: veluti, ſi Magiſtratus in tutelæ periculum incidit, vel quis fidejuſſerit pro tutore vel curatore: magis eſſe, ut extra ſententiam Senatuſconſulti ſit: & præfatur, quod nec in numerum trium tutelarum hæc imputantur *d. l. 60. §. 1.* Non a me impetro, ne hic moneam quod ab aliis ſiletur, quamquam eſt dignum moneri: quod poſterior Pauli ratio, petita a numero trium tutelarum, eſt quidem ab eo allata majoris luminis gratia: ſed non eſt decretoria, ſicut prior quæ eſt ipſius Orationis: quin vult eam, cum hac comparatam, huic cedere. Id non debui hic ſilere: quia ſic liquebit ſcopus ſequentis §. 2. *Quid ergo, ſi honoris cauſa tutor datus ſit? quatenus nec hujuſmodi tutela in numerum comparatur, nunquid idem ſit? Sed ratio in contrarium ducit: quod dictum eſt [&] honorarium tutorem periculum ſolere pati, ſi male paſſus ſit adminiſtrari tutelam.* Erat dubitatio, an honoris cauſa datus tutor, pupillam ſalva Oratione poſſet ducere uxorem. Et poterat alicui videri: propterea quod honoraria illa tutela in numero trium tutelarum non computatur; eaque ratio in præcedentibus caſibus valuit ad exceptionem. Quid Paulus? non putavit, hanc eſſe decretoriam: licet illic fuerit ex adjuvantibus; ideoque ei qui ſic cenſeat, non accedit: cauſatus, quod ratio in contrarium ducit: id eſt, quod ratio vera & ſolida ducit in contrarium. quæ illa? ipſius Orationis: ſaltem quærentis, an periculo tutelæ teneatur is qui pupillam ducturus ſit uxorem. id vero in propoſito eſt certum auctore Ulpiano *l. 3. §. 2. D. de admin. tut.* Paulus hanc rationem ſic deſignat, quod dictum eſt, & honorarium tutorem periculum ſolere pati; ſi paſſus ſit, tutelam male adminiſtrari. Non igitur poteſt tutor, utcumque honorarius, pupillam uxorem ducere, ſalva Oratione. Expoſui *d. §. 2. l. 60.* Ab eodem fonte ſic quoque bene Paulus §. 3. ſequente: *Quin autem ille qui cum datus eſt tutor, ceſſat in adminiſtratione, pertineat ad Orationem, non eſt dubitandum quia perinde tenetur ex ſacris Conſtitutionibus, atque ſi geſſiſſet.* Igitur prohibetur tutor & curator pupillam ducere uxorem. An & curator ventri boniſque datus? De hoc nihil Oratio: ſed Tryphoninus *l. 67. §. 4. D. h. t.* confirmat, vel hunc inducere prohibitionem Senatuſconſulti. Ut vero ille recederet a Senatuſconſulti verbis, voluit ſimilitudo rationis: quæ eſt, quod hic quoque debet rationem reddere. Poſſit quis putare, eſſe inter hos differentiam, propter ſpatium adminiſtrationis. Sed Tryphoninus negat, hac moveri nos oportere: eo quod nec in tutore, nec in curatore habitum eſt diſcrimen majoris aut minoris temporis quo in hujuſmodi munere quis fuerit. Plane, ſi quis uſurpato tutoris vel curatoris nomine, id eſt, ſi pro tutore, ſeu curatore, negotiorumve geſtore, res pupillæ adminiſtraverit, eamque ſibi filiove ſuo copulaverit: jubent Imperatores, Leo & Anthemius *l. 8. C. de interdict. matrim. int. pupil.* tales nuptias ſtare, & non ad exemplum tutorum infirmari. Sed apparet, Oratione caveri, Ne tutor aut curator pupillam aut adultam ducat uxorem. Quid, ſi eam ſibi deſpondeat? Verba Orationis ſolas nuptias prohibent. Verum Paulus *l. 60. §. 5. h. t.* quamvis, inquit, verbis Orationis cautum ſit, Ne uxorem tutor pupillam ſuam ducat; tamen intel-

intelligendum eſt, ne deſponderi quidem poſſe: hac adjecta ratione; cum qua nuptiæ contrahi non poſſunt, hæc plerumqe ne quidem deſponderi poteſt: & quæ duci poteſt, jure deſpondetur. Huc uſque dixi de tutore & curatore ipſo. Porro de filio dicam: nam de hoc quoque cautum Senatuſconſulto fuit *l. 59. D. h. t.* & quia generaliter atque infinite, optime obſervat Tryphoninus *l. 67. d. t.* illum non ſolum vivo patre, ſed & mortuo, prohiberi eam ducere uxorem, cujus tutelæ rationi obſtrictus pater fuit. Addit Tryphoninus; *Nec puto intereſſe, extiterit ei heres filius, an abſtinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut præteritus emancipatus.* Sic editur: ſed deeſt aliquid pleno ſenſui. ſuppleo: *forte exheredatus aut præteritus* ſuus vel *emancipatus.* Hoc mihi incidit. Cur autem velit Tryphoninus, tutoris filium, etiamſi non ſit heres patris, ad Orationem pertinere, hæc adfertur ratio: Nam & fieri poteſt, ut patris bona per fraudem in eum collocata, propter tutelam, revocari oporteat. Nec hoc omittam, quod Paulus *l. 60. §. 7. h. t.* Naturales, inquit, liberi, licet in adoptionem dati fuerint, Senatuſconſulto continentur. Et tamen, ſi adoptivus tutoris filius pupillam illicite duxerit, poſteaque emancipatus fuerit, ait in §. 6. Senatum de adoptivis emancipatis non ſenſiſſe: quia poſt emancipationem in totum obliviſcuntur adoptivæ familiæ. Cæterum, quod de filio dixit Senatuſconſultum, Paulus latius interpretatur *l. 59. h. t.* dicens, filii appellatione in Senatuſconſulto etiam nepotem ſignificari. Addamne & filiam? negat Calliſtratus *l. 64. §. 1. d. t.* nimirum, quia in propoſito viſa eſt alia filii, alia filiæ, ratio: licet alioquin juſta interpretatione recipi ſcribat Julianus; ut appellatione filii aliquando & nepos & filiafamilias contineatur *l. 201. D. de verb. ſignif.* Expoſito hactenus rigore Orationis, nuptias tutoris, ac curatoris, eorumque filii cum pupilla aut adulta prohibentis: ne temperamenta quidem omittere debeo. Primum eſt in *l. 36. h. t.* cujus appoſui verba: *Tutor vel curator adultam* [*uxorem*] *ducere non poteſt: niſi a patre deſponſa, deſtinatave, teſtamentove nominata conditione, nuptiis, ſecuta fuerit.* Sic ubique legitur: nullo ſenſu. ſcribe: *nominata conditione, nuptias ſecuta fuerit.* Dixi de patre. An idem in matre? minime: ne ſi pater quidem voluerit, in ejus arbitrio eſſe cui nuptum collocetur communis filia: nam ne tunc quidem tutorem ab ea eligi, Papinianus patitur *l. 62. D. h. t.* Quam ob rem? quia non videtur pater cogitaſſe de perſona tutoris. imo ideo maxime matrem prætulit; ne filiæ nuptias tutori committeret. Altera exceptio eſt: ſi tutor reddiderit rationem geſtæ tutelæ; & elapſum fuerit tempus quo pupilla adverſus læſionem poſſit in integrum reſtitui: ut ex ſuperioribus jam conſtat. Eſt & tertia exceptio, ipſa elegans apud Tryphoninum *l. 67. §. 1. h. t.* cujus appoſui verba: quia ſunt luxata, & reſtituenda. *De uno dubitari poteſt: ſi avus tutelam geſſit neptis ex emancipato filio natæ, an nepoti ex altero filio eam collocare poſſit: ſive emancipato, ſive manenti in poteſtate: quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet? ſed etſi Senatuſconſultum ſtricto jure contra omnes tutores nititur, attamen ſummæ affectionis intuitu, hujuſmodi nuptiæ concedendæ ſunt.* Miror, non eſſe animadverſum a Doctiſſimis Viris, non cohærere formam diſputationis: verbis, *quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet*, tranſlatis eo quo non oportuit. reducenda hæc inde, ubi extant, ad finem loci hoc modo: *hujuſmodi nuptiæ concedendæ ſunt. quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet.* Thema: avus qui geſſit tutelam neptis ex filio emancipato natæ, eam collocat nepoti ex altero filio, ſive emancipato, ſive manenti in poteſtate. an poteſt? quæſtio in eo eſt: quod Oratione & Senatuſconſulto eam ſecuto, nullus excipitur tutor, ne avus quidem. Quid Tryphoninus? etſi, inquit, Senatuſconſultum ſtricto jure contra omnes tutores nititur, attamen ſummæ affectionis avitæ intuitu hujuſmodi nuptiæ concedendæ ſunt. Qua cauſa? ait, quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet. Hæc Tryphonini ratio apta & pulchra in omnibus exemplaribus loco mota incuria Librarii, me conjectore, hoc modo fuit reſtituenda: & jam *lib. 2. De fœnor. & uſur. c. 5.* obſervavi vitium ſimile in *l. 10. §. 3. D. Mandati.* Superioribus temperamentis addam ſequentem ex Tryphonino *l. 67. §. 5. h. t.* Ait is, ſi Titius puellæ tutelam adminiſtravit, vel curator negotia geſſit, eaque nondum recepta ratione deceſſit filia herede relicta: quæſitum fuiſſe; an Titius poſſit eam ſuo filio collocare in matrimonium? Tryphoninus quærenti dixit, poſſe: cauſatus, quia ratio hereditaria eſſet, & ſimplex debitum. præterea addidit, quod alioquin omnis debitor eam cui obligatus eſſet ex aliqua ratione, prohibetur ſibi filioque conjungere. Senſus Tryphonini: quod ratio ad quam reddendam tutor, poſt pupillæ mortem, heredi tenetur actione tutelæ, non eſt putanda talis, qualis erat pupilla viva: ſed illo habenda modo, ad quem habetur quælibet pupillæ ratio, ſive cætera pupillæ debita. nam pupilla ipſa, cum vivebat, in exercenda tutelæ actione habebat privilegium exactionis ante reliquos creditores *l. 52. D. de peculio:* ſed ejus heres, utcumque agat actione tutelæ, ſicut poteſt, idem privilegium non habet: quippe cum ſit perſonæ, non cauſæ, ideoque cum perſona extinguatur *l. 42. D. de admin. tutor. l. 19. §. 1. D. de reb. auct. judic. poſſid. l. 1. §. 12. D. de Leg. Cornel. de ſicar.* Igitur cum reddenda a tutore poſt pupillæ mortem ratio ſit inſtar cujuſcumque hereditariæ rationis & ſimplicis debiti,

debiti, non eſt Oratio in mora, ne filia pupillæ a tutore ejus filio nuptum collocari poſſit. idque eo juſtius eſſe, Tryphoninus putat: quia alioquin omnis debitor eam cui eſſet ex aliqua ratione obligatus, poſſet prohibitus videri, eam ſibi filioque ſuo conjungere.

Simile ei quod de tutore & curatore pupillæ & adultæ dixi, occurrit in Præſide provinciæ, & qui officium in ea adminiſtrat, qualis eſt Præfectus cohortis vel equitum, aut Tribunus. nam hi, propter metum potentatus, (ea ratio adfertur in *l.* 63. *D. h. t.* in *l. unic. C. Si rect. provinc. vel ad eum pertin. ſponſ. deder.* dicitur, ſi poſſit eſſe terribilis) Mandatis Principis prohibentur, mulierem inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, durante adminiſtratione, uxorem ducere *l.* 38. *d. t.* aut filio illam ducenti conſentire *l.* 57. *d. t.* quin ea prohibitio *d. l. unic.* porrigitur etiam ad nepotes, ac propinquos & participes, id eſt, conſiliarios, domeſticoſque. Hoc in nuptiis. aliud in ſponſalibus: quamquam cum hac moderatione, ut ſi mulier, poſt officium depoſitum, noluerit nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, tantummodo redditis arrhis, quas acceperat *d. l.* 38. id tamen non obſtat, quo minus poſſit quis veterem ſponſam in provincia quam adminiſtrat, uxorem ducere *d. l.* §. 1. præterea non prohibetur, filias in matrimonium collocare, & dotem conſtituere *d. l.* § 2. Adhæc ſcribit Paulus *l.* 65. *D. h. t.* eos qui in patria militant, non videri contra Mandata ex eadem provincia uxorem ducere.

Tempus eſt, cogitare de effectis nuptiarum. fuere autem varia; prout erant nuptiæ vel civili, vel gentium, jure contractæ. id demonſtravi *lib* 2. *Probabilium c.* 9. ſumma eſt, quod mulier, ſi viro in manum convenerat uſu, farre, aut coëmptione, ſolita fuit materfamilias appellari: ſimpliciter nupta, uxor dici. illa tranſibat in poteſtatem viri; eratque ei filiæfamilias loco, & una cum liberis ex ipſa natis inter ſuos heredes. ita nihil habebat proprium, exemplo filiifamilias. hæc contra, ſi fuerat in patris poteſtate; in ea manebat: ſi fuerat ſui juris, manebat talis; bona etiam ſua retinebat, excepta dote conventa & tradita quæ erat mariti. Sed hæ differentiæ jure Juſtinianeo fere evanuere. ita obliterata priore uxorum ſpecie, tantum ſupereſt poſterior. de qua dicitur: quod ſequitur forum, domicilium, & dignitatem mariti *l.* 65 *D. de judic. l.* 13. *C. de dignit. l.* 8. *D. de Senatorib.* Adde, quod liberi ex ea nati, ſunt in patris poteſtate *pr. Inſt. de patr. pot.* item convaleſcit dos *l.* 3. *D. de jur. dot.* & donatio propter nuptias §. 3. *Inſt. de donat.* &, ut initio dictum, eſt conſortium omnis vitæ, ac divini atque humani juris communicatio *l.* 1. *D. h. t.* an igitur bonorum quoque? ſolet quæri. ſed tu de eorum communione vide a me ſcripta *d. lib.* 2. *Probabilium c.* 9. Hæc: ſi factæ ſint nuptiæ ſecundum legum præcepta.

At ſi adverſus ea coierint aliqui; ait Juſtinianus §. 12. *Inſt. h. t.* nec virum, nec uxorem, nec nuptias, nec matrimonium, nec dotem donationemve propter nuptias intelligi. porro ait, natos ex eo coitu non eſſe in patris poteſtate; ſed tales, quantum ad patriam poteſtatem, quales ſunt quos mater vulgo concepit: nam nec hos patrem habere, cum pater incertus ſit; atque inde ſpurios appellari. verbo dicam, nuptias perinde haberi, ac ſi non eſſent contractæ. Sit ita: ſed de vitæ conſuetudine quid dicemus? ſeparandam: nuptiis a filiafamilias contractis, patre invito aut ignorante: ut infra docebo ſub Titulo, *De divortiis & repudiis.* Idem puta, ſi turpis ſit conſuetudo, ut in inceſtu *l.* 38. §. 4. *D. Ad Leg. Jul de adult.* alioquin non æque. Atqui non eſt matrimonium, quodcumque ſit adverſus leges initum. Nempe non eſt juſtum: ſicut nec juſtus vir, nec juſta uxor, quatenus ad jura conjugum legitimorum. ſed nihilominus injuſtum dicitur matrimonium *l. unic. D. Unde vir. & uxor.* item injuſtus vir & injuſta uxor *l.* 13. §. 1. *& l.* 24. §. *fin. D. Ad Leg. Jul. de adult.* igitur quid ni duret vitæ ſocietas, etſi nullo jure? Sed id liquet ex hoc Calliſtrati *l.* 37. §. *ult. D Ad municipal. Mulieres quæ in matrimonium ſe dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum ſunt, ſciendum eſt: ſed unde ipſæ ortæ ſunt: idque Divi fratres reſcripſerunt.* Non alio intendit Ulpianus *l.* 27. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Si quis in Senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non ſit, attamen in ea conditione eſt, ut ſi amiſerit dignitatem, uxor eſſe incipiat*

Non eſt his contentus in *d.* §. 12. *Inſt h. t.* Juſtinianus: non enim vult tantum, ipſo jure nullum eſſe matrimonium, cum eſt adverſus leges contractum: ſed plus docet, eos qui id contraxerint, etiam pati certas pœnas quæ ſacris Conſtitutionibus contineantur: eas vero non exprimit. a me quoque hic nominatim edi, non eſt opus: cum ſint notæ omnibus; eoque nulla egeant ulteriore aut explicatione aut enumeratione.

TITU-

TITULUS III.

De jure dotium.

Titulus hic, *De jure dotium*, Titulo *De ritu nuptiarum* ſubjicitur: quia, ut ſub eo dictum, ioter effectus nuptiarum quæ cootractæ ſint ſecundum legum præcepta, etiam hic eſt; ut dos convaleſcat, ſive promiſſa, ſive tradita. Spectat autem hoc verbum interdum ad rem; interdum ad negotii geſtionem. Ad rem ſpectat; cum dos dicitur dari aut reſtitui. eo ſenſu Varro, *lib.* 4. *De Ling. Latina*, Dos erit, inquit, pecunia, ſi nuptiarum cauſa data. Ad negotii geſtionem refertur dos: cum ejus formam, modum, vim atque effectum quærimus: id eſt, ut hic Titulus ait, jus dotis. ſic vero dos eſt, donatio quædam mulieris nomine in virum collata ad ſuſtentanda matrimonii onera. Dotem eſſe donationem, vix dubitari poteſt: eo quod matrimonium poteſt eſſe ſine dote *l.* 22. *C. de nuptiis.* deinde auctor eſt Juſtinianus *l. ult. C. de donation. ant. nupt.* dotem donationibus a Veteribus annumerart. Igitur dos eſt donatio, ſed quædam: id eſt, non mera & propria. nam ſub conditione fit, etiam ſub conditione reſolvitur, quia datur propter matrimonium; ac ſine eo nulla eſt *l.* 3. *D. h. t. l. ult. C. de don. ant. nupt.* datur igitur ſub conditione, ſi nuptiæ ſequantur, & ut finitis his reſtituatur: interim autem maritus habeat fructus pro ſuſtentandis matrimonii oneribus. hac ratione dicitur contractus in *l.* 23. *D. de regulis juris. l.* 1. §. 6. *D. de conſtituta pecun. l.* 65. *D. de judiciis.* & ut cohæret matrimonio, ejuſque oneribus ſervit *l.* 21. *l.* 56. §. 1. *D. h. t. l.* 16. *D. de caſtrenſi peculio.* ita Martiano Capellæ *lib.* 9. *De nupt. Philol. p.* 304. *repenſatrix* appellatur. Tryphonino, niſi matrimonii oneribus ſerviat, nulla eſt *l.* 56. *D. h. t.* reſpectu autem Legis Juliæ & Papiæ Cujacio *lib.* 25. *Obſerv. c.* 25. magis videtur emptioni, quam cauſis lucrativis, comparari *l.* 19. *D. de obligat. & act.* Poſtremo addidi in definitione, quod dos in virum confertur uxoris nomine. nempe, quia non tantum ab ea, ſed ab ejus quoque parentibus, & quibuſvis aliis, conſtituitur.

Eam dotem Ulpiaous in *Fragm. tit.* 6. facit duplicem: vel profectitiam vel adventitiam. profectitiam vocat quam pater mulieris dedit. addit in *l.* 5. *D. h. t.* eſſe dotem profectitiam quæ a patre vel parente profecta eſt de bonis vel facto ejus. nec ſic pleno ſenſu: niſi ex §. 1. *d. t.* 6. intellectu ſuppleatur: Dos profectitia eſt quæ a patre vel parente virilis ſexus per virilem ſexum cognatione juncto profecta eſt de boois vel facto ejus. quod bene notavit Cujacius ad *d. tit.* 6. Sufficit igitur dotem, ut profectitia ſit, eſſe profectam a patre aut avo paterno. nec refert; utrum filia ſit in poteſtate, an emancipata. non enim jus poteſtatis, ſed parentis nomen, dotem profectitiam facere, idem definit Ulpianus *d. l.* 5. §. 11. aliter atque in peculio obſervatur. nam hoc ſine patria poteſtate nullum eſt: cum illa etiam ſine patria poteſtate intelligatur. Illud non ſufficit Ulpiaoo, profectam eſſe a patre: amplius vult, de bonis vel facto ejus proceſſiſſe *d. l.* 5. *D. h. t.* Primum oportet dotem, ut ſit profectitia, a patre eſſe datam de bonis ejus. nam ſi aliunde dederit, quam de ſuis bonis, non eſt profectitia, ſed adventitia. fac: pater eſt heres inſtitutus, ſubſtituto filiæ marito. pater repudiat hereditatem ſibi delatam, ut veniat ad maritum filiæ, dotis conſtituendæ cauſa. non eſt dos profectitia: quia nihil erogavit de ſuo pater, ſed noo adquiſivit. idem eſt, ſi legatum in hoc repudiavit, ut apud generum heredem remaneat, dotis conſtituendæ cauſa. nam nec hic de ſuis bonis dedit: ſed non adquiſivit *d. l.* 5. §. 5. Inde nata eſt quæſtio *d. l.* 5. §. 9. cui fruſtra opponitur §. 2. *d. l.*

Ut igitur profectitia dos ſit, oportet eſſe a patre datam de bonis ejus: ſin minus, de ejus facto. Hoc autem factum perinde accipe, ut in *l.* xI. *D. de regulis juris*, pro qualicumque facto ex quo poteſt fieri conjectura voluntatis; & res, ſecundum negotii naturam, ad alium transferri. pone: (qui eſt caſus *l.* 6. §. 1. *D. h. t.*) pater pro filia in dotem dedit fundum alienum bona fide emptum. ait Pomponius, a patre profectum intelligi. Finge rurſus: pater filiæ nomine in dotem dedit nummos alienos quos mutuos acceperat, aut in cauſam crediti receperat. conſumptis his, dotem profectitiam effici Papinianus putat *l.* 81. *D. eod.* Similis obſervatio eſt in *d. l.* 5. §. 7.

Adventitia dos eſt, a quovis alio quam a patre data; ut Ulpianus definit *d. tit.* 6. §. 3. imo & ſi pater dedit, non tamquam pater, ſed fidejuſſor, alio dotem promittente; ait Neratius, non eſſe dotem profectitiam; quamvis pater a reo ſervare id quod ſolvit, non poſſit *d. l.* 5. §. 6. idem eſt, ſi pater dotem dedit tamquam filiæ debitor ex ejus juſſu: nam adhuc magis eſt, ut adventitia, quam profectitia, dos videatur *d. l.* 5. §. 11. non enim dedit tamquam pater, ſed tamquam debitor *d. l.* 5. §. 6. ac ſi rem ſpectamus, perinde eſt, ac ſi pecunia non de ejus, ſed de filiæ, facto proceſſerit. nam ſi per ambages actum eſſet, is foret rei geſtæ ordo, ut pecunia a patre ad filiam, deinde a filia ad maritum, perveniret. nunc celeritate conjungendarum inter ſe actionum, una actio occultata eſt.

Hactenus de dotis definitione, & diviſione. ſequens locus erit, a quibus dos conſtituatur. conſtituunt autem plerique volentes: quidam etiam inviti. volens dotem ipſa pro ſe conſtituit mulier: etiam alius quivis. tantum pater & avus paternus, qui filiam aut neptem habent in poteſtate, ſi liberos injuria prohibuerint uxores ducere, vel nubere, vel pro his dotem dare nolint; inviti eos in matrimonium collocare, & dotare per Prætorem Urbanum coguntur capite trigeſimo quinto legis Juliæ: ut vero in provinciis idem per Proconſules Præſideſve fieret, placuit Conſtitutione Severi & Antonini *l.* 19. *D. de rit. nupt.* Sic puto: & eſt hoc diligentiſſimæ obſervationis: optime poſituræ fundamentum ſequentium: ſimul monſtraturæ, quomodo accipiendum ſit quod alibi paternum eſſe dicitur officium, dotem pro ſua dare progenie *l. ult. C. de dot. promiſſ. l.* 6. *D. de collat. bonor.* Hæc ſic obtinent; cum filia aut neptis eſt in poteſtate. nam ſi emancipata ſit: de ea nihil Lex Julia; nihil Conſtitutio Severi & Antonini. ita quod ad emancipatam attinet, manſit jus antiquum: quo paternæ avitæque voluntatis fuit, filiam & neptem dotare; neceſſitatis non fuit.

Ea ratione nec mater tenetur dotem dare pro filia: quia Lex de matre non loquitur. Et ſane, cum patrem, poſtquam filiam deſiit in poteſtate habere, ulterius ad dotationem non obligat; quo argumento cogat matrem, dotare filiam quam in poteſtate numquam habuit? Non magis poterit pater dotem filiæ conſtituere ex bonis maternis, matre inſcia aut invita. Vix opus erat, hoc admoneri; cum tamen de eo dubitaretur, ita Baſiliſſæ cuidam reſcripſere Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 14. *C. h. t.* Additur ibi ſequens exceptio: *Niſi ex magna & probabili cauſa vel lege ſpecialiter expreſſa.* Verum hæc non eſt illorum Imperatorum: ſed Triboniani; & adſcripta ab eo ex *l.* 19. §. 1. *C. de Hæretic. & Manich.* id bene obſervavit Franciſcus Hotmanus *lib.* 6. *Obſerv. c.* xx. Utinam addidiſſet voculam, *vel*, in ea exceptione pro uſu illorum temporum quem pluribus exemplis demonſtravi ſub Titulo, *De Lege Rhodia*, nihil diſtinguere.

Tenetur igitur pater dotare filiam quam habet in poteſtate. quid ſi locuples ſit, ut ipſa pro ſe dotem conſtituere poſſit? Eſt hæc quæſtio in utramque partem agitata a Doctiſſimis Interpretibus: ſed minus accommodate ad uſum juris: Veteribus certe Juriſconſultis a quibus argumenta ſolent utrimque peti, in Pandectis eſt incognita. quin illorum tempore, ne incidere quidem potuit: liberis qui erant in patris aut avi poteſtate, tum nihil proprium habentibus; & contra patri aut avo omnia adquirentibus. Deinde mutato in Codice jure vetere, fateor, potuit hæc naſci quæſtio. non inficior quoque, inde probabilem fieri potuiſſe ſententiam exiſtimantium, patrem non teneri neceſſitate dotandi locupletem filiam; ut non tenetur alere eam quæ ſe exhibere ipſa poteſt *l.* 5. *D. de adgnoſc. & alend. liber.* nam ut cogatur dotare, quam non cogitur alere, quæ ſuadet ratio? cæterum noſtra hæc diſputatio non eſt de mera æquitate:. ſed de neceſſitate juris. hæc ante obligavit patrem: & niſi remiſſa eſt, eum adhuc tenet jure novo: etſi non iniquum ſit, illa liberari eum. Videamus tamen, ne in præſenti Imp. Juſtinianus quid de rigore Juris laxarit *l. ult. C. de dot. promiſſ.* & puto, laxavit aliquid: nam ea lege, ſi pater dotem ſimpliciter dedit pro locuplete filia; nec addidit, utrum ex ſua, an ex ejus ſubſtantia: interpretatur Imperator, dotem non ex filiæ, ſed ex patris, ſubſtantia eſſe datam. idemque eſſe jubet; ſi dixerit, ſe eam dare ex rebus tam ſuis, quam maternis vel aliis quæ non adquiruntur, vel ex ſuis debitis; modo pater idoneam poſſideat ſubſtantiam. quod ſi penitus inopia ſit tentus: jam contra decernit Imperator, dotem non ex rebus ejus, ſed ex rebus filiæ datam intelligi. Sic quidem Juſtinianus. id vero quo exit: niſi indicat, quod ſi pater pro filia locuplete certam promittit dotem, verbi gratia, mille aureos; & nominatim exprimit, ſe eam ſummam pro ſua filia in dotem dare, non de ſuis, ſed de filiæ bonis: recte hanc dotem de filiæ bonis promiſit: ipſe autem ad ulteriorem dotis conſtitutionem non tenetur.

Age nunc de fratre videamus. nam vel de eo eſt inſignis difficultas in *l.* 12. §. 3. *D. de adminiſtratione tutorum:* Paulo fratrem uterinum diſtinguente a conſanguineo: quaſi hic ſororem teneatur dotare, ille non teneatur. Sic etiam conjiciunt Interpretes omnes ſummi & infimi: meo judicio imprudenter. quod enim fundamentum illa habet diſtinctio? nullum. nam cum dotandi neceſſitas legibus ſoli injungatur patri aut avo, filiam aut neptem in poteſtate habenti: ab eaque excuſetur pater, emancipata ab eo filia, nec minus mater: ullone, quæſo, colore frater cogetur vel conſanguineam dotare ſororem: quam nec collocare cogitur; nec magis ipſe, quam mater, habet in poteſtate? At enim Paulus *d.* §. 3. *Sed non dabit dotem ſorori alio patre natæ.* cur autem ait, *alio patre natæ*, niſi præ ſe fert argumento a contrario, aliud ſervari in ſorore eodem patre nata? Sic illi: facto argumento a contrario, id vocantes fortiſſimum. Ego, ſi mihi liceat meo uti ingenio, non ſinam, Nobiles juvenes, juris ſtudioſos, diutius falli hujuſmodi ludibrio: ac jam pridem oſtendi, *Julio Paulo, ſive de partus expoſitione & nece c.* VII. argumenta iſta a contrario aut conſequentia in Pandectis & Codice plerumque duci præter auctoris mentem. in præſentia vero hoc fieri an poteſt aut debet, præſertim adverſus manifeſta quæ dixi juris principia? apage.

non

Digitized by Google

non eſt credibile, Paulum hoc loco qui eſt unus & ſingularis in toto Juris Corpore, tale quid intendiſſe, invita Juriſprudentia. magis probabile eſt, cogitaſſe quod ab ea non abhorreat. potuit vero meminiſſe uterinæ ſororis, quamquam non propter dotem, ſed propter tutelam: ita voluiſſe, tutorem non debere dotem dare pro uterina pupilli ſorore: nihil præterea. Cur tamen nominatim dixit pro uterina; non etiam pro conſanguinea? Jam dixi: quia uterina non utique cum fratre eſt ſub eadem tutela ſub qua ſit conſanguinea: eoque uterina ad fratris ſui tutorem non pertinet: conſanguinea pertinet. & optime poſſit fratris tutor dotem pro ſorore conſanguinea dare non ex fratris, ſed ex ipſius, bonis. Sed ſignabo reſponſum, & plus audebo dicere, ex Pauli ſententia fratri non incumbere dotandæ ſororis onus; atque id vel ipſius indigitari Pauli verbis: *Nam etſi honeſte, ex liberalitate tamen fit: quæ ſervanda arbitrio pupilli eſt.* Paulus honeſtatem diſtinguit a jure: arbitratus, fratri honeſtam quidem eſſe pauperis ſororis dotationem: ſed jure non eſſe neceſſariam. quare ſi fiat, liberalitate fieri; id eſt, mera voluntate: ſi non fiat, nullam eſſe coactionem; etſi avaritia eam non dotantis apud bonos viros non careat opprobrio. Sic aliquando Plautus *Trinummo* 3. 2. Verba Plauti.

Sed ut inops infamis ne ſim, ne mihi hanc famam differant,
Me germanam meam ſororem in concubinatum tibi
Sic ſine dote dediſſe magis, quam in matrimonium.
Quis me improbior perhibeatur eſſe? hæc famigeratio
Te honeſtet, me autem collutulet, ſi ſine dote duxeris.
Tibi ſit emolumentum honoris, mihi quod objectent, ſiet.

Sed apparet, a Paulo adferri juris præceptum, quod a juris regula diſtingui ſolitum, alibi manifeſte probavi *Julio Paulo c.* 10. *& ſeq.*

Ex hactenus dictis intelligitur, ſolius eſſe officium patris aut avi, filiam aut neptem habentis in poteſtate, eam dotare. Non minus tamen eſſe officium tutoris, pro pupilla dotem conſtituere pro modo facultatum ejus, & dignitate ſponſi, docet Papinianus *l.* 69. §. 5. *D. h. t.* Curatoris meminere Celſus *l.* 60. & Terentius Clemens *l.* 61. *d. t.* Sed veriſimile eſt, Tribonianum his aliiſque locis *curatorem* pro *tutore* ſubſtituiſſe: nam ad conſtituendam dotem jure vetere ſemper neceſſarius fuit tutor: curator adhiberi non potuit: auctore Ulpiano *tit.* 12. *in fine*. Cæterum ſi tutor adhiberetur: adhuc quæſitum fuit; eſſetne illi Prætoris decreto opus, an non? ſed placet diſtinctio Terentii Clementis *l.* 61. §. 1. *D. h. t.* exiſtimantis, ſi maritus velit rerum ipſarum corpora accipere in dotem, nihil ulterius eſſe quærendum: ſin malit, vendi, & pecuniam ſibi in dotem dari, licere tutori vendere, & pecuniam conficere: ſed demum decreto impetrato cauſa cognita. ac ſecundum hoc accipienda fortaſſis eſt ſpecies *l.* 8. *C. de prædiis & aliis reb. min.* eſt enim ad factum reſcripta.

Tempus eſt, ut conſideremus, quæ res poſſint in dotem dari. poſſunt autem dari omnes quæ ſunt in commercio: ſive ſint quantitates pondere, numero, aut menſura conſtantes: ſive ſint corpora, eaque immobilia, mobilia, aut ſeſe moventia: nec magis refert, utrum ſint æſtimata, an inæſtimata *l.* 10. *& l.* 42. *D. h. t.* quamquam non ignoro, fundum inæſtimatum a Juſtiniano *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxoriæ actione* proprie dotalem appellari. Præter ſuperiores res poſſunt etiam incorporales in dotem dari, nomina verbi gratia. & eſt obſervandum, quod Impp. Valerianus & Gallienus *l.* 2. *C. de obligationibus & actionibus* ajunt, ſæpe reſcriptum eſſe, nominibus in dotem datis, marito, quamvis nec delegatio præceſſerit, nec litis conteſtatio ſubſecuta ſit, tamen utilem actionem dari oportere, ad ſimilitudinem ejus qui nomen emerit. In rebus incorporalibus eſt etiam uſusfructus. qui ſi in dotem datus ſit, (ut poteſt *l.* 66. *D. h. t.*) jus ipſum, non fructus qui ex eo percipiuntur, in dote eſſe putari debent *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* Poſſunt igitur in dotem dari res omnes quæ ſunt in commercio, maxime propriæ. an & alienæ? puto; non quidem, ut jus domino intervertatur: hoc enim non patitur naturalis aut civilis ratio: ſed ut inter contrahentes ſervetur de dote conventio. id multa evincunt: primum quid notius eſt, quam aliena re accipienti bona fide tradita ex cauſa dotis, eſſe uſucapionem pro dote? ea vero an procederet, niſi aliena res in dotem dari poſſet? ſed aperte Ulpianus *l.* 1. *D. Pro dote*, Titulus, inquit, eſt uſucapionis, & quidem juſtiſſimus qui appellatur pro dote: ut qui in dotem rem accipiat, uſucapere poſſit ſpatio ſolemni, quo ſolent qui pro emptore uſucapiunt. Superiori argumento accedit ſequens: quod ſi mulier rem alienam ſciens in dotem dederit, & divortium ſequutum ſit, ei reddenda eſt, quaſi ſuam dediſſet *l.* 11. *D. Soluto matrimonio.* Præterea ait Ulpianus *l.* 16. *D. h. t.* quoties res æſtimata in dotem datur, virum ea evicta ex empto contra uxorem agere, & quidquid ea actione fuerit conſecutus, dotis actione, ſoluto matrimonio, ei præſtare oportere: quare & ſi duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigi: eamque ſententiam habere æquitatem: quia non ſimpliciter venditio ſit, ſed dotis cauſa: nec debet maritus lucrari ex damno mulieris: contra ſufficere maritum indemnem præſtari, non lucrum ſentire. Poſtremo ait Pomponius *l.* 6. §. 1. *D. h. t.* Si pater

alienum fundum bona fide emptum, in dotem dederit, ab ipſo profectum intelligi. Igitur ſicut poteſt res aliena vendi, aut pignori dari, eoque nomine intér contrahentes naſci obligatio, cum ſit in commercio: ſic nil obſtat, quo minus re aliena in dotem data, vel eo nomine obligatio inter contrahentes ſuſtineatur. At enim Ulpianus *l. 13. §. 2. D. de fundo dotali* exponens legem Juliam de fundo dotali ait, Dotale prædium ſic accipi; cum dominium marito quæſitum eſt: ut tunc demum alienatio prohibeatur. Recte: non enim hoc agit Ulpianus, ne videatur dos eſſe, niſi tranſlato dominio, quod nobis in propoſito negotium eſt. magis quærit, quando prædium, doti deſtinatum ab eo cujus in bonis ſit, dotale dici poſſit: ne marito id alienare liceat. & reſpondet Ulpianus, tum demum fieri dotale: cum quæſitum eſt marito dominium: id eſt, tum ubi facta eſt ejus traditio. nam ea demum dominium adquiritur. clare ſic ipſe Ulpianus *l. 5. D. Soluto matrimonio.*

Non aliena ab hoc loco fuerit inquiſitio: an rebus in dotem datis aliæ ſubſtitui, & dotales effici poſſint? mihi videtur ex *l. 32. l. 25. & l. 27. D. h. t.* modo mulieri utile ſit, id fieri *l. 26. dot.* & ex ejus conſenſu fiat, atque in permutando agatur *l. 21. D. de pact. dotal.* Cæterum empta a marito res ex dotali pecunia, uxori non adquiritur. tantum competit ei dotis actio *l. 12. C. h. t.* Verum Gajus *l. 54. D. h. t.* ſic ſcribit: *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ ſunt, dotales eſſe videntur.* Sed mihi proclive eſt, Gaji verbis uſum quærere in privilegio quod mulier dotis nomine habet inter mariti creditores, cum non eſt ſolvendo. Res exemplo liquebit. Mulier marito dedit dotem: is fiſco vel reipublicæ debet. non eſt ſolvendo. mulieri competit privilegium ante ejus creditores perſonales *l. 74. D. h. t. l. 17. §. 1. l. 18. & l. 19. D. de reb. auct. judic. poſſid.* Id explorati juris eſt in ipſis rebus marito in dotem datis. tantum dubitatur de rebus a marito ex dotali pecunia comparatis. cauſa dubitandi: quod hæ non ſunt dotales. igitur retinentibus juris regulam, non fruetur privilegio mulier. Sed placuit Gajo favore dotis adverſus rigorem juris, res ex pecunia dotali comparatas perinde accipere, ac ſi dotales eſſent. Sic cenſeo: ſecutus Harmenopulum *lib. 4. Prompt. tit. 8. p. 258.* ſimile quid obſervantem in *l. 22. §. ult. D. Solut. matrim.* cujus verba hæc ſunt: *Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque eſſe liberum, cum ſervus eſſet: concedi oportet quaſi privilegium in bonis viri mulieri. videlicet ut, ſi ſint & alii creditores, hæc præferatur circa de peculio actionem. & ſi forte domino aliquid debeat ſervus, non præferatur mulier, niſi in his tantum rebus, quæ vel in dote datæ ſunt, vel ex dote comparatæ; quaſi & hæ dotales ſint.* Thema tale eſt: Mulier per errorem nupta ſervo quem putabat eſſe liberum, illi tamquam marito dederat dotem. deinde detecta ejus conditione ſervili, apparuit, nullum fuiſſe matrimonium. ita, cum dotem repeteret mulier; & quæreretur, an vel ea in ſpecie in qua non poterat vir & uxor dici, ei oporteret concedi privilegium, ſexui deteriori dotis nomine ante reliquos mariti creditores dari ſolitum? errori dedit Ulpianus, ut putaret oportere ei concedi quaſi privilegium: & quidem ita, ut circa actionem de peculio præferatur non modo cæteris mariti creditoribus; ſed etiam ipſi domino cui forte aliquid debeat ſervus. quo uſque? in his dumtaxat rebus quæ vel in dotem datæ ſunt, vel ex dote comparatæ, quaſi & hæ dotales ſint. Quæ eſt Ulpiani hac in lege, ea in *d. l. 54.* fuit Gaji ſententia. tantum intereſt, quod confinxi apud eum ſpeciem in qua maritus ſe obligavit fiſco aut reipublicæ; & mulier ſuo privilegio utitur adverſus fiſcum vel rempublicam. & eſt cauſa hanc confingendi ſpeciem: quod in *d. l. 54.* huc ducit ſequens ejus Inſcriptio, *Gajus Ad Edictum Prætoris Urbani Titulo De prædiatoribus.* Eſt autem in ea *prædiator* ſive *præs*, ut inter alios eſt annotatum a Briſſonio *De verb. ſignif.* in verbis *Prædes* & *Prædiator* ille qui fidem ſuam obligat publico. inde *Lex Prædiatoria* apud Suetonium *Claudio c. 9.* quem locum erudite exponit Turnebus *lib. 27. Adverſar. c. 19.* Hoc mihi ſuccurrit. Longius ivit *d. loc.* Harmenopulus: mulieri etiam utilem in rem actionem concedens: quod & factum a Scholiaſte *ad d. l. 54.* Baſilic. *lib. 29. tit 1. tom. 3. pag. 597.* notavit Cujacius *lib. 5. Obſerv. c. 29.* refutat Antonius Faber *lib. 5. Conject. c. 2.* ego in medio relinquo.

Non eſt ſatis, intelligi qualitatem rerum dotalium. etiam quantitatem ſciri oportet. eſt autem dos aut finita & certa, aut infinita atque incerta. finita & certa dicitur; ubi eſt partium conventione expreſſum, quid & quantum dotis nomine conſtituatur. ita vero finita & certa, quantacumque ſit, conſtitui jus eſt. adeo ait Alexander *l. 4. C. h. t.* fœminam nulla lege prohiberi, univerſa bona marito dare in dotem. Solum quæſitum fuiſſe, ait Paulus *l. 72. D. h. t.* ſi mulier bona ſua omnia in dotem dedit, an maritus quaſi heres oneribus reſpondere cogatur? ipſe negat. contra ait, eum quidem qui tota, id eſt, omnia, ex repromiſſione dotis bona mulieris retinuerit, a creditoribus ejus conveniri non poſſe: ſed non plus eſſo in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt, deducto ære alieno. Plane, etſi jure civili valeat dotis conſtitutio, omnibus bonis in eam a muliere datis; tamen ſi minor ſit, & ſe circumſcriptam queratur: eſt cauſa, cur debeat ei permitti in integrum reſtitutio: ſicut minoribus propter lubricum ætatis etiam alias ſuccurri ſolet *l. unic. C. Si adverſ. dot. l. 9. §. 1. D. de minorib.*

rib. Poteſt & majori annis viginti quinque in æſtimatione læſæ ſubveniri *l. 6. §. ult. D. h. t.* ſed quatenus, tradidi ſupra ſub Titulo, *De reſcindenda venditione, ad finem.* Incerta dos eſt, ubi neque ſpecies ulla, neque quantitas eſt promiſſa; ſed nuptiali inſtrumento adſcriptum, Quod ea quæ nubebat, dotem dare promiſerit. Ait vero Alexander *l. 1. C. de dot. promiſſ.* ſic fruſtra promitti dotem. nempe, quia non intellecto, quid aut quantum promittatur, deriſoria eſt promiſſio: quæ minima dote data palam èludi poteſt. Non ita eſt; ſi dos infinite quidem ſit promiſſa, ſed arbitratu boni viri. non eſt enim incerta boni viri arbitratu promiſſa. idem dicendum, ſi promiſſa quidem ab aliquo dos ſit, non addita quantitate; ſed quodcumque arbitratus fuiſſet. nam hic perinde certa habetur dos, ac ſi inſertum ſtipulationi eſſet boni viri arbitrium *l. 3. C. eod. tit.* At enim his ſcrupulum injicit Papinianus *l. 69. §. 4. D. h. t.* Sed non puto. & placet ſententia Franciſci Duareni, V. Cl. *lib.* 1. *Diſp. anniverſ. c.* 51. patrem qui filiam in poteſtate habet, & Legibus cogitur dotare, ſeparantis a cæteris dotem ſponte, non ex officii neceſſitate, promittentibus.

Sequitur, quibus modis dos conſtituatur. Ulpianus *d. tit. 6.* tres indicat: nam aut dari, aut dici, aut promitti. primum ait, dotem dari, ſeu tradi *l. 46. D. h. t.* nec intererat, utrum vera interveniret traditio, an ea quæ pro traditione haberetur. nam & acceptilatione conſtitui dotem, monet Paulus *l. 41. D. h. t.* eaque, velut brevi manu, a muliere accipi, & marito tradi, interpretatur Ulpianus *l. 43. §. 1. D. eod. tit.* Secundus modus conſtituendæ dotis Ulpiano eſt dictio. *Dicere* Nonius *p. 643.* explicat, promittere. fiebat ea dictio verbis certis & ſolemnibus: quamquam nulla præcedente interrogatione. hoc docet Gajus *lib. 2. Inſt. t. 9. §. 3.* idemque intelligitur ex *l. ult. Cod. Theod. de dotibus.* formula videtur fuiſſe, Tantum tibi erit dotis nomine. ita conjicitur ex *l. 44. §. 1. & l. 46. § 1,* item *l. 57. & 59. D. h. t.* etſi pro dictione in his ſubſtituta a Triboniano ſit promiſſio. cæterum ubi præceſſerat dictio a parte mulieris; deinde ſubſequuta ex parte viri fuit acceptatio his verbis, Accipio conditionem. alioqnin non valebat; uti commode Terentius, & ad eum Donatus, in *Andria; act. 5. ſc. 4. verſ. 47. & 48.* Dotem porro dicere non poterat unuſquiſque, ſed tantum mulier nuptura, item debitor mulieris ejus juſſu, & parens mulieris, virilis ſexus per virilem ſexum cognatione junctus, velut pater & avus paternus: teſte Ulpiano *d. tit. 6.* Præter tres has perſonas, nemo potuit obligari dotis dictione. igitur in cæteris qui ſe pro muliere obligarent, opus fuit ſtipulatione: id eſt, præcedente interrogatione & ſequente reſponſione: quam tertium feci modum conſtituendæ dotis. adeo Gajus, *In his,* inquit, *communi jure obligari debent, id eſt, ut & interrogatæ reſpondeant, & ſtipulatæ promittant.* Sic editur, nullo ſenſu. in aliis libris eſt, *& ſtipulationem præmittant.* ſenſu aliquo. Eodem tendit Paulus *l. 41. D. h. t.* Promittendo, inquiens, omnes obligari, cujuſcumque ſexus, conditioniſque ſint. Paulus enim promiſſionem dixit oppoſite ad dictionem qua tantum perſonas tres, non indiſtincte omnes, obligari jam conſtat. eoque modo etiam Ulpianus *d. t. 6. §. 2.* in fine, ait, Dare, promittere dotem omnes poſſunt. Potuit igitur dos vel dari, vel dici, vel promitti. pacto nudo non potuit conſtitui: ne ex pacto actio naſcatur. Hoc olim fuit: ſed mutarunt Impp. Theodoſius & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. h. t.* volentes, ad dotis exactionem qualiacumque ſufficere verba, etſi dictio vel ſtipulatio in pollicitatione nulla ſubſecuta ſit. Ea Theodoſii & Valentiniani Conſtitutio tranſlata a Triboniano in *l. 6. C. de dotis promiſſione.* ſed inducta voce, *dictio:* quod & in pleriſque Veterum Fragmentis, etiam in *l. 1. C. h. t.* accidit.

Vidimus modos conſtituendæ dotis. quæris de tempore? nihil addo: quia poteſt omni tempore conſtitui; nullo legibus aut moribus præſcripto. Martianus Capella *lib 9. De nupt. Philol. pag. 304. Dehinc utrum repenſatrix, dieſque conferendæ dotis prorogari jure publico poſſit, inquiritur. Quo dicto arcanus ille priſci juris aſſertor magna nepotum obſecratione conſulitur, reſponditque regulariter etiam matrimonio copulato dotem dicere fœminam viro nullis legibus prohiberi.* Idem Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 21. §. 1.* Verba Pauli. *Dos aut antecedit aut ſequitur matrimonium; & ideo vel ante nuptias, vel poſt nuptias dari poteſt.* Addit: *Sed ante nuptias earum exſpectat adventum.* Senſus Pauli, quod dos, quocumque modo conſtituatur, ſemper adjunctam habet conditionem, ſi nuptiæ ſequantur *l. 21. l. 43. D. h. t.* videlicet, quia unice datur propter nuptias, & ſine nuptiis eſſe non poteſt *l. 3. D. d. t.* veriſſime ait Paulus *l. 41. D. d. t.* magis rem, quam verba intuenda eſſe. nuptiis igitur non ſecutis dos non poteſt peti, & tradita poteſt repeti, fructus etiam ante percepti non cedunt lucro viri; ſed dotem augent *l. 7. §. 1. l. 47. D. h. t. l. 38. §. 12. & ult. D. de uſur. l. 6. D. Sol. matrim.*

Accepiſti modos conſtituendæ dotis. exſpectas effectus conſtitutæ. ſunt varii. præcipuus eſt, actio pro ea competens: noſtra explicatione etiam alios detectura. Igitur poterit dos, ſi ſit dicta, peti condictione; ſtipulatione promiſſa, ex ſtipulatu. ſic, Nicephoro cuidam reſcripſerunt Severus & Antoninus *l. 1. C. h. t.* etſi in hac legatur: *ſi pollicitatio vel promiſſio fuerit interpoſita:* nam pro *dictione,* tempore Severi & Antonini uſitata, Tribonianus ex uſu ſui temporis repoſuit *pollicitationem,* illis Principibus adhuc incognitam, & a Theo-

a Theodoſio demum approbatam receptamque *l.6. C. de dotis promiſſione*. Qua porro actione dos pollicitatione promiſſa exigi debeat, a Theodoſio in *d. l. 6.* proditum non eſt. fiet igitur ejus exactio condictione ex lege: ſolita dari, ubi nova lege introducta eſt actio; nec cautum, quo genere actionis experiamur. *l. unic. D. de condict. ex leg.* Quas indicavi actiones, omnes ſunt in perſonam, nondum ſequuta traditione. ea facta, ſi quidem a non domino, competit marito Publiciana in rem actio *l. 3. §. 1. D. de Public. in rem act.* a domino facta, rei vindicatio: quæ datur domino, ſive perpetuo, ſive temporali: ut demonſtratum *lib. 6. tit. 1.* Eſſe autem maritum dotis dominum, multa probant. nec minus multa ejus dominam eſſe mulierem ſuadent. Sed plures ejuſdem rei in ſolidum dominos eodem modo eſſe, vix ratio patitur: alio atque alio modo dominos eſſe plures, a ratione alienum non eſt. igitur e re erit, extricari difficile ænigma. Ad hoc adferam ſequentia Juſtiniani verba ex *l. 30. C. h. t.* quibus ait, *Res dotales ab initio uxoris faiſſe, & naturaliter in ejus permanſiſſe dominio.* Item hæc: *Non enim quod legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confuſa eſt.* Aut fallor, aut Imperator ſignificat, maritum in uſu juris haberi quidem dotis dominum, at non ex toto: ſed dumtaxat ad certos effectus, & maxime reſpectu conſtantis matrimonii. cæterum in dote verti cauſam uxoris, non viri. hoc igitur modo illam, ſicut ab initio uxoris fuit, ita naturaliter, id eſt, re vera, ejus permanſiſſe: & quod legum ſubtilitate interim tranſiit aliquatenus in mariti patrimonium, non idcirco rei veriıatem deleıam vel confuſam eſſe in totum. is eſt ſenſus Imperatoris, ac mea opinione veriſſimus. ſpectemus finem doıis: is quis eſt? niſi ut marito ſuppetat, unde ſuſtentet onera matrimonii *l. 56. §. 1. D. h. t.* porro ſpes conırahentium nuptias quæ eſt alia, quam perpetuam fore eam conjunctionem? id probavi ſupra ſub Titulo *De ritu nuptiarum.* eaque ratione Paulus *l. 1. D. h. t.* quaſi per conſequentiam quamdam neceſſariam, *Dotis*, inquit, *cauſa perpetua eſt, & cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut ſemper apud maritum ſit.* Non tamen ignorarunt Veteres, matrimonium divortio ſæpe diſſolvi; morte ſemper: & opportune decrevere, dotem demum valere ſequuto matrimonio, & ſoluto reſtitui. denique, maritum eſſe dotis dominum: at non abſolute atque in univerſum; ſed quatenus pro ſublevandis matrimonii oneribus ex re dotali fructus ſuo arbitratu percipiat; ipſum quoque hoc quod ſit hac ſpe, ut perpetuo apud eum dos ſit, dixerunt, dotem eſſe titulum ex quo dominium traditione in maritum transfertur *§. 40. Inſt. de rer. diviſ. l. 47. §. ult. D. de pecul.* ſicut emptio & permutatio, quod jus perpetuum transferunt in accipientem, habentur pro cauſis transferendi dominii. contra locatio, commodatum, & pignus, quod rem tantum tradunt ad tempus, hujuſmodi cauſis non annumerantur. Nec jam improbabile mihi ſit, Paulum, cum in *d. l. 1. D. h. t.* ait, dotis cauſam eſſe perpetuam, indigitare, dotem mariti fieri propriam: pari loquendi forma qua proprium pro perpetuo apud Veteres dici, pluribus oſtendit Servius ad Virgilium *Eclog. 7. verſ. 31.* Ut ut eſt, maritum traditione fieri dotis dominum, adeo verum eſt; ut ille ſolus jure civili habeat rei dotalis vindicationem; uxor non habeat *l. 11. C. h. t. l. 9. C. de rei vindic.* Ne alio quidem pertinet: quod ſervus dotalis juſſu mariti tamquam domini adit hereditatem ab aliquo inſtitutus heres *l. 58. D. Solut. matrim.* Adhæc poteſt maritus ſervum dotalem manumittere *l. 3. C. h. t.* ſi ſolvendo ſit *l. 21. D. de manumiſſ.* non manumiſſurus, niſi dominus eſſeı. Præterea habet maritus alienationem rei dotalis non dicam æſtimatæ, ſed inæſtimatæ, quoque: niſi quod Lege Julia prohibetur alienare fundum dotalem Italicum. quamquam vel hoc præbet argumentum tranſlati in eum dominii: quod abſque ea lege eſſet, alienationem jure dominii haberet: & niſi eſſet dominus, ea lege ejuſque prohibitione non foret opus. *pr. Inſt. Quib. alien. lic. vel non.* Sed mariıum eſſe dominıi rei dotalis, adeo certum eſt: ut moriens dominium transferat in heredem: & uxor ſoluto matrimonio, jure vetere ad recuperationem non rei vindicationem habeat; ſed actionem rei uxoriæ, vel ex ſtipulatu *l. 1. D. de fund. dot.* Qualecumque tamen ſit hoc mariti dominium, recte monet Juſtinianus *l. 30. C. h. t.* tantum legum ſubtilitate æſtimari; conſtante præſertim matrimonio, & fere tum quantum ad jus dotem pleniore poteſtate adminiſtrandi, emolumenti percipiendi gratia. at ideo rei veritas deleta vel confuſa non eſt. imo ait, res dotales ab initio uxoris fuiſſe, & naturaliter, id eſt, vi ipſa, ejus permanſiſſe. Nec aliud voluere Veteres: dotem dicentes proprium mulieris patrimonium *l. 3. §. 5. D. de minoribus.* item eſſe in bonis ejus *l. 4. D. de collat. bonor.* ſi ſpectemus ad effectus quibus illi ſolent res æſtimare, neglecta ſubtilitate inani. Primum conſtat, ſervos dotales, quidquid adquirunt, mulieri adquirere, non marito: præterquam ex operis ſuis, aut ex re mariti *l. 19. §. 1. D. de pecul. l. 65. D. h. t.* non alia ratione, quam quod maritus habetur ſervi dotalis dominus, quatenus fructus percipit: ultra mulieris jus eſt. Ab eadem cauſa maritus arbores, ſi quas in fundo dotali cædat, non facit ſuas, niſi ſint in fructu: quales ſunt cæduæ, ſive cremiales. cæteræ non habentur in fructu. magis ſunt acceſſiones fundi; eoque mulieris *l. 10. §. 1. D. h. t.* quæ ejus domina fuit ante contractum matrimonium, & hoc ſoluto, rurſus futura erit domi-

Digitized by Google

domina. adeo ſive eas cædat maritus, ſive ultro ceciderint vi tempeſtatis; neutro caſu fiunt ejus. contra debet has mulieri reſtituere, cujus ſunt natæ ex ejus fundo. quemadmodum theſaurus a marito inventus in fundo dotali non eſt in fructu, ideoque totus non pertinet ad maritum tamquam fundi dominum: ſed pro parte dimidia eſt mulieris, & ad hunc finem ei reſtituendus tamquam in alieno inventus. Sic Ulpianus in *l.* 7. §. 12. *D. Solut. matrim.* imo amplius ait, ſi maritus arbores cæciderit, tantum abeſſe; ut id fecerit jure dominii in fundo ſuo; ut e contrario intelligatur fundum mulieris hoc modo deteriorem feciſſe, eoque nomine illi teneatur. Atque ita eſt: res dotalis, etſi mariti videatur aliqua ratione eſſe: ejus tamen non huc uſque eſt; ut ei, tamquam domino, liceat eam perdere, aut mulieri deteriorem facere. non enim id ferat æquitas actionis rei uxoriæ, eum perſequentis ob dolum, culpam latam, & levem, auctore Paulo *l.* 17. *D. h. t.* quin Ulpianus *l.* 24. §. *ult. D. Solut. matrim.* quæſito, an maritus ſi in ſervos dotales fuit ſævus, de hoc conveniri poſſit: opportune ſcribit: *Si quidem tantum in ſervos uxoris ſævus fuit, eum teneri hoc nomine. ſi vero & in ſuos eſt natura talis, adhuc immoderatam ejus ſævitiam hoc judicio coërcendam:* & cauſatur, *Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus ſuis exhibet, nec plus poſſit, attamen ſævitiam quæ in propriis culpanda eſt, in alienis coërcendam eſſe, hoc eſt, in dotalibus.* Liceret mihi pluribus oſtendere, dotem, ſi ad initium & exitum reſpicimus, naturaliter, id eſt, re ipſa, uxoris eſſe. Sed res clara. pro cumulo tamen addam, quod eſt omnium inſtar, maritum, cum teneatur omnia ſua bona in cenſum deſerre: non teneri in eum dotem deferre *l.* 21. §. 4. *D. Ad municipal.* nimirum, quia naturaliter non eſt ejus, licet ſorte juris ſubtilitate ejus dicatur, fructuum percipiendorum cauſa. Non minus decretorium fuerit hoc Tryphonini *l.* 75. *D. h. t.* *Quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt: & merito placuit, ut ſi in dotem fundum inæſtimatum dedit, cujus nomine duplæ ſtipulatione cautum habuit, iſque marito evictus ſit, ſtatim eam ex ſtipulatu agere poſſe. porro cujus intereſt non eſſe evictum, quod in dote fuit, quodque ipſa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere deſiit, hujus etiam conſtante matrimonio, quamvis apud maritum dominium ſit, emolumenti poteſtatem eſſe creditur; cujus etiam matrimonii onera maritus ſuſtinet.* Ut exponam obſcurum locum, hunc confingam caſum. Mulier empto fundo, in caſum evictionis de more duplam ſtipulata eſt. mox hunc fundum marito dedit in dotem. evicto poſtea fundo, quæritur, quando ex dupla agere poſſit mulier, ſtatim, an ſoluto demum matrimonio? Tryphoninus putat, ſtatim acturam. qua ratione? nempe, quia mulieris intereſt, ei quod in dote fuit, non eſſe evictum. Atqui fundus non eſt mulieri evictus, ſed marito: cujus erat in bonis, ſicut ejus erat emolumentum. Sed contra ait Tryphoninus, quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſſe: ita non occurrere, cur non ipſa evictionem pati exiſtimetur. Vere: ſiquidem fundus ab ea eſt profectus; & ad eam erit rediturus. igitur ad rem ſpectanti, omiſſis juris apicibus, non ſine ratione videtur mulier amiſiſſe fundum, quem per evictionem in bonis habere deſiit. nec ad rem pertinet, quantum ad evictionem; quod apud maritum conſtante matrimonio eſt & fundi dominium, & emolumentum. quia enim matrimonii onera ſuſtinet mulieris nomine atque in rem ejus: rationis eſt, eam vel hac cauſa & dominium & emolumenti poteſtatem aliquo intellectu habere. Sic Tryphoninus, forte obſcurius, ſed convenienter his quæ ex Juſtiniano in *d. l.* 30. ſupra attuli. Tametſi non diſſimulo, eum Imperatorem illa in Conſtitutione a vetere Juriſprudentia in hoc receſſiſſe: quod mulieri ſoluto matrimonio concedit vindicationem rerum dotalium: cum ante ad dotis repetitionem tantum haberet actionem rei uxoriæ, aut actionem ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio interveniſſet: cauſatus, dominium rerum dotalium apud mulierem manſiſſe, ſive æſtimatæ ſint, ſive inæſtimatæ; cum utique æſtimatione rerum dotalium manifeſta fiat emptio & venditio: & ſicut rerum venditarum periculum eſt emptoris: ſic periculum rerum æſtimatarum eſt mariti *l.* 10. *l.* 14. & 15. *D. h. t.* Sed putemus, quod eſt jam obſervatum a Viris Doctiſſimis, eum *d. l.* 30. tantum voluiſſe, rei vindicationi & juri hypothecæ quod mulieri ante omnes mariti creditores hypothecarios dat, aliquem quærere colorem.

TITULUS IV.

De pactis dotalibus.

Expoſita ratione conſtitutæ dotis, ne omittenda quidem fuere pacta dotalia legem doti dare ſolita. Eſt autem certus auctor Javolenus *l.* 1. *D. h. t.* illa tam poſt, quam ante, nuptias fieri: paciſci, inquiens, poſt nuptias, etiam ſi nihil ante convenit, licet. Utro autem tempore fiant ea pacta: alia ad voluntatem, alia ad jus pertinent. illa ut ſunt libera & voluntaria; poſſunt fieri, poſſunt omitti; facta autem ſervantur ſemper. talia ſunt; ut mulier dote promiſſa ſe alat, & dos ab ea, donec nupta ſit, non petatur; aut certam

tam ſummam viro præſtet, & ab eo alatur, & his ſimilia. iſta reguntur auctoritate juris; adeo non ſunt libera, neque voluntaria; neque ſemper ſervantur, quamvis placeat contrahentibus; veluti, quando dos petatur, quemadmodum reddatur, quæ jure & legibus definita pro publica utilitate, non pendent a privata voluntate, & ut dixi, non ſemper ſervantur. Cæterum, id eſt, alioquin, ſi convenerit, Ne omnino dos petatur, indotata erit mulier. *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* quod non eſt permittendum. plura exempla non addo: occurrunt paſſim *l.* 5. *l.* 6. *l.* 2. *l.* 14. & *ſeqq. d. t.*

Fruſtra dixi, quæ ſerventur pacta dotalia: niſi inſuper oſtendam formam ac modum quo confieri, & ſervari debeant. ſed prima cura erit, qua forma confieri debeant. eſt vero hic obſervandum paciſcenti; ut ſibi paciſcatur, non extraneo: hoc enim non ſinunt juris regulæ. quid, ſi conjuncta ſit perſona, cui paciſci velit: an valet? Hæc quæſtio eſt difficillima, tractari quoque digniſſima. ſed a me pridem expedita ſumma diligentia *lib. ſing. Ad Edict. De Pactis c.* 25. nunc novam interpretationem non habet neceſſariam.

Eſt & alia obſervatio minime contemnenda in forma pacti dotalis inter patrem & extraneum, ſi daturi dotem quid excipiant. nam extraneus poteſt tum, quidquid vult, tam paciſci, quam ſtipulari, & ignorante muliere: quippe legem dicens ſuæ rei. ſed in patre plus deſideratur: nam is ſi quid velit, ut poteſt, excipere; id ſtipulatione efficere debet, pacto ſimplice id efficere non poteſt *l.* 6. *C. de jur. dot.* Sic ante dotem datam. quid poſtea? neuter, neque pater, neque extraneus poteſt ſibi de dote quid paciſci aut ſtipulari, niſi conſentiente muliere *l.* 20. §. 1. *D. h. t.* quaſi jure ei quæſito *l.* 7. *D. d. t.* quod invitæ auferri aut comminui nequit: ideoque eam agentem pactio lædere non debet *l.* 7. *C. de jur. dot. l.* 29. *D. Solut. matrim.*

Reliquum eſt ex forma pacti dotalis, quo modo factum ſervari debeat. & vel ſtipulatio illud ſecuta eſt, vel traditio. priore caſu ſervatur actione ex ſtipulatu: poſteriore præſcriptis verbis *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxor. act. l.* 6. *C. de jur. dot.* illic res certa eſt. hic metus; ne nulla ſit actio, quaſi pacto nudo. Sed hunc ſcrupulum eximit hoc Gaji *l.* 48. *D. de pactis:* (quam expoſui *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c.* 12.) *In traditionibus rerum quodcumque pactum ſit, id valere, manifeſtiſſimum eſt.* Putemus igitur ſecundum hoc Gaji, ſi extraneus pro muliere dotem det, & paciſcatur, eam ſoluto matrimonio ſibi reſtitui: non eſſe pactum nudum, magis videri contractum innominatum, do ut reddas: ex quo, ut vidimus, naſcitur actio præſcriptis verbis: quam utilem condictionem vocant Severus & Antoninus *l.* 1. *C. de pact. convent. tam ſup. dot.* Verba: *Legem quam dixiſti, cum dotem pro alumna dares, ſervari oportet. nec obeſſe tibi debet, quod dici ſolet, ex pacto actionem non naſci: tunc enim hoc verum eſt, cum pactum nudum eſt: alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis eſt condictio.* Quam illi dicunt utilem condictionem, & profectam ex pacto traditioni adjecto, ipſa eſt quam dixi actionem præſcriptis verbis, & natam ex contractu innominato. ea condictio recte hic appellatur, ut alibi quoque *l.* 5. §. 2. *D. de præſcr. verb.* nec male utilis vocatur: quia omnis actio præſcriptis verbis eſt utilis, data videlicet ad exemplum directæ & civilis.

TITULUS V.

De fundo dotali.

Poſtquam demonſtratum ſub Titulo *De jure dotium* fuit, maritum conſtante matrimonio eſſe dominum dotis; ſimul fuit demonſtratum, ejus eſſe rei dotalis alienationem: certo, retinendæ alienandæque rei facultatem, niſi aliter legibus fuerit cautum, in dominii fructu haberi. id vero in propoſito factum providentia Legis Juliæ de fundo dotali *l.* 1. *D. h. t.* quæ auctore Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 21. §. 2. fuit caput Legis Juliæ de adulteriis: ideoque in libris De adulteriis expoſitam a Veteribus fuiſſe, liquet ex Inſcriptione aliquorum capitum hujus Tituli. Legis ſumma a Juſtiniano *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* hæc refertur. *Lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito, non conſentiente muliere: hypothecam autem, nec ſi mulier conſentiebat.* Utilitas Legis non eſt obſcura. voluit enim ſuccurrere infirmitati ſexus muliebris: ne invita aut ignorans a marito lædatur temeraria fundi dotalis alienatione: obligatione vero ne ſciens quidem & conſentiens. videlicet, quia facilius obligationi conſentit, quam alienationi: præſente in hac damno, in illa futuro. porro ad præſens ſatis prudens eſt mulier: a futuro non æque cavet. potius autem debet jus aptari ad ea quæ & frequenter & facile accidunt, quam quæ perraro *l.* 3. & *ſeqq. D. de legib.*

Sed Legem conſideremus. Is cui ea prohibetur fundi dotalis alienatio aut obligatio, eſt maritus. ſolum enim hunc Lex nominat: alium non nominat. ſed viſum Ulpiano, eam plenius interpretari, ut etiam de ſponſo idem juris ſit *l.* 4. *D. h. t.*

Jam vero quod alienari obligarive Lege prohibetur, eſt fundus dotalis. A Juriſconſultis ſub hoc Titulo aliquoties dotale prædium dici-

dicitur: ſed Lex fundum ſcripſit. inde Rubrica De fundo dotali, & in *l.* 1. *& alibi* nomen Legis Juliæ de fundo dotali. etiam finis & cauſa ſequentis interpretationis apud Ulpianum *l.* 13. *h. t. Dotale prædium accipere debemus tam urbanum, quam ruſticum. ad omne enim ædificium Lex Julia pertinebit.* Nempe locuta de fundo Lex fuit: de ædibus non fuit locuta. non tamen credita eſt, eo ſilentio ædes excluſas voluiſſe. ac jam ſimile animadverſum in Lege Duodecim Tabularum: in qua, inquit Cicero, *Topicis n.* 23. *Quoniam uſus auctoritas fundi biennium eſt, ſit etiam ædium. at in Lege ædes non appellantur.* Vice verſa Prætor in interdicto Uti poſſidetis tantum ædes nominat *l.* 1. *D. Uti poſſidetis:* nec idcirco fundum præteriiſſe intelligitur §. 4 *Inſt. de interdict.* imo quemadmodum Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. inſpecta, opinor, Edicti mente ait, Hoc interdictum eſſe de ſoli poſſeſſore ſcriptum: ſic ipſe Legem Juliam explicans, non abſurde maluit, dotale prædium, quam dotalem fundum dicere: uno verbo & fundum & ædes comprehenſurus: id eſt, prædium tam urbanum, quam ruſticum. Non alia ratione Ulpianus *d. l.* 13. §. 1. etſi, inquit, Lex Julia prædium dixit conſiderata ejus mente, prædii appellatione etiam pars continetur. & addit, proinde ſive totum prædium ſit in dotem datum, ſive pars prædii, alienari nequit, & hoc jure utimur. Similis Ulpiano incidit obſervatio circa prædii ſervitutem cum dandam, tum remittendam *l.* 3. §. 5. *D. de reb. eor. qui ſub tut.* licet alioquin ſervitus magis in jure, quam in parte, habeatur. ſed utilius viſum Ulpiano, ſervire Legis ſententiæ, quam verbis: manifeſta Legis providentia; ne per hoc deterior fiat prædii conditio *l.* 5. §. 6. *D. h. t.* Vix opus addi, ultro enim apparet, Legem, cum de fundo dotali loquitur, nec res mobiles aut ſeſe moventes ut ut dotales attingit, in his nihil ex antiquo jure mutare: ideoque ſervum dotalem a marito, modo ſolvendo ſit, recte manumitti *l.* 21. *D. de manumiſſionib.* alioquin (quod obſervat Arnoldus Vinnius V. CL. ad *pr. Inſt. Quib. alien. licet.*) manumitti in fraudem uxoris: ab eaque poteſt is dotis nomine, tamquam debitor, conveniri: ex quo evidentiſſime apparuerit, ejus facultates ad exactionem dotis non ſufficere *l.* 24. *D. Sol. matrim.* Tandem videndum, quid Lex Julia appellatione dotalis prædii deſignet. Ulpianus ſic accipi cenſet *l.* 13. §. 2. *D. h. t.* cum dominium marito quæſitum eſt, ut tunc demum alienatio prohibeatur. Ulpianus dotale prædium expliciturus ex mente Legis Juliæ, non putat dotale dici, cum eſt doti promiſſum; ſed cum eſt traditum. ita ipſe *l.* 5. *D. Solut. matrim.* & ut dixi, ex mente Legis: ſcientis, dominium marito inde demum adquiri; & ante non eſſe illi fundi alienationem; ideoque nec ejus prohibitione eſſe opus. Quid, ſi prædium, ut dotale ſit, ne traditum quidem eſſe ſufficit; ſed inæſtimatum eſſe traditum oportet? ſic proprie dotale appellari, Juſtinianus refert *l. unic.* §. 16. *C. de rei uxor. act.* arbitratus, æſtimatum, non eſſe dotale: ſed eſſe viri; quaſi ei vere venditum *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. d. t.* præterquam uno caſu: qui eſt, ſi in æſtimatione convenit; ut ſoluto matrimonio mulieris ſit electio, utrum fundum malit, an æſtimationem: tum enim adhuc locum habet Lex Julia *l.* 1. *C. h. t.* ceſſatura; ſi electio ſit relicta arbitrio mariti *l.* 11. *D. h. t.*

Vetat igitur Lex, dotale prædium a marito alienari, at non omne, ſed tantum Italicum. nam de hoc ſolo loquitur: de provinciali non loquitur. potuit igitur provinciale, quia non eſt prohibitum, alienari. Sed Imp. Juſtinianus *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* motus ſimilitudine rationis, quod Lege Julia fuit ſpeciale in fundo Italico, etiam ad provincialem porrexit. de prædio ſatis.

Nunc reliqua videamus: Lex, ut ſupra dixi, vetat fundum dotalem alienari, non ſemper, ſed invita muliere. proinde ſi eum vendat, ea conſentiente: ceſſat Lex Julia. quid, ſi non mulier, ſed ſocer, conſentiat? Papinianus *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* ſic infit: *Soceri voluntas in diſtrahendo dotali prædio nulla eſt.* Nempe Lex, ſicut uni conſultum voluit uxori, ita ejus ſolius conſenſum admittit. Hac quoque ratione, ſi mulieris interſit non alienari fundum, impedit alienationem ſine ejus conſenſu factam. ſi non interſit, non impedit quaſi jam ſupervacuo conſenſu. Ac neſcio, an hoc velit Paulus in *l.* 3. §. 1. *D. d. t.* ſic ſcribens: *Totiens non poteſt alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura eſt.* Pone, ut rem exemplo illuſtrem: legatus ſervo dotali eſt fundus, ſed uxoris, non mariti, contemplatione. is fundus eſt dotalis; quia teſtator non voluit, ad maritum, ſed ad mulierem, eum pertinere. an maritus poteſt hunc alienare, invita uxore? negat Pomponius *l.* 65. *D. de jur. dot.* cauſatus: quod ſoluto matrimonio reddendus eſt mulieri. habebit igitur mulier eo nomine actionem rei uxoriæ: & ut ait Paulus *d. l.* 3. §. 1. quoties mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura eſt; totiens non poteſt fundus alienari. videlicet, quia ejus intereſt, eum non alienari. Longe aliter eſt: ſi mulier non eſt habitura fundi repetitionem: tum enim, cum non interſit ejus, non eſſe alienatum, confirmatur venditio. Ecce: in *l.* 17. *D. h. t.* cui ſimilis eſt *l.* 42. *D. de uſurp. & uſucap.* vir prædium dotale vendidit, muliere non conſentiente. nulla eſt venditio, ex eaque ſecuta traditio non transfert dominium, neque uſucapiendi conditionem; viva muliere: quid ſi mortua ſit? ſi quidem in matrimonio ſit defuncta: & tota dos ceſſit lucro mariti: (qualis eſt caſus in adventitia

dote, ſi de ea reſtituenda is qui dedit, nihil eſt pactus: auctore Ulpiano in *Frágm. tit. 6.*) negat Marcianus, fundum emptori poſſe avelli: idque confirmat Papinianus *d. l.* 42. ſine diſcrimine, utrum ſcienti, an ignoranti, ſit venditus traditusque. qua ratione? hac optima: quod mulier non fuit habitura repetitionem alienati fundi: ideoque non intereſt ejus, quo minus alienatio emptori confirmetur adverſus maritum, illum vindicantem prætextu dominii poſtea adquiſiti. nam ut directo nulla ſit venditio contra Legem facta: tamen oportet venditorem fidem ſervare emptori cum quo contraxit, ſive ſciente, ſive ignorante. ſin minus: æquum eſt, agentem removeri exceptione doli mali.

Nunc quod reſtat, dicam, quid alienationis verbo Lex indigitet: dotalem fundum alienari vetans. eſt autem elegans hæc definitio Severi & Antonini *l. 1. C. h. t.* Alienatio eſt omnis actus per quem dominium transfertur. Exemplum talis actus in venditione, ſecuta domini traditiooe §. 40. *Inſt. de rer. domin.* ante non eſt. ita Ulpianus *l. 67. D. de verb. ſignif.* alienatum inquit, non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicitur. Similis obſervatio in dote, & donatione; nam vel his ex cauſis dominium traditione transfertur. at nec legatum quidem quamvis militis teſtamento datum ab alienatione excipitur *l. 16. D. de milit. teſtam.* nec multum facit quod eſt privilegiatum: quia id privilegium tantum ad militis bona, non ad aliena ſpectat *l. 1. d. t.* Inſuper Paulus etiam uſucapionem ſub alienatione comprehendit *l. 28. D. de verb. ſignif.* & vere: non inchoata uſucapione, antequam fundus conſtitueretur dotalis: enimvero cœptam, antequam dotalis fieret, Lege Julia non interpellari, docet Tryphoninus *l. 16. D. h. t.* & clare, quatenus ad præſentem quæſtionem. nam quod initio loci dicit, mulierem marito ex cauſa dotis tradere fundum quem Titius poſſidebat & uſucapiebat, id eſt, cum non eſſet ejus vacua poſſeſſio: item, quod ibidem ſcribit, virum neglexiſſe, fundum petere, cum id facere poſſet, id eſt, virum potuiſſe vindicare fundum cujus non erat dominus: eſt quidem obſcurum, & dignum extricari; ſed eſt extra propoſitam materiam, & explicitum antehac a D. Vinnio ad §. 40. *Inſt. de rer. diviſ. n. 3.* quare dabo eruditæ diligentiæ Viri illius Clariſſimi, ut ei adquieſcam.

Fere exciderat mihi, quod ignorari non debeat, Legem Juliam, etſi ſimpliciter vetet alienationem quam maritus faciat, invita uxore: non aliam impedire, quam a mariti voluntate proficiſcentem: illam vero quæ non ſponte mariti fit, ſed originem juris habet neceſſariam, denique fit ex auctoritate Magiſtratuum, morari nullam. ſic in plerisque alienationibus jure interdictis cuſtodiri, alibi eſt animadvertere *l. 3. §. 1. & ſeqq. D. de reb. eor. qui ſub tutel. & l. 13. D. Famil. erciſc.* in præſentia autem obſervat Paulus *l. 1. D. h. t.* in cauſa damni infecti, ſi ob id quod maritus non cavebat, vicinus ex primo decreto ſit miſſus in poſſeſſionem dotalis prædii, & poſt deinde ex ſecundo juſſus poſſidere: non eſt dubium, quin hoc caſu fiat alienatio dotalis fundi: ſiquidem vicinus ſic fit ejus dominus: id eſt, poſſeſſor & tandem uſucapione dominus. ſed nihilominus hic ceſſare Legem Juliam, Paulus exiſtimat, ſubjecta hac cauſa: quia alienatio non eſt voluntaria. Similiter fuit quæſitum, ſi communis fundus ſit in dotem datus; an actione communi dividundo poſſit agi ad diviſionem communis fundi: manifeſto, per diviſionem aliquo modo fieri venditionem *l. 1. C. Commun. utr. judic.* Sed eſt huc deventum; ut putetur intereſſe, uter provocet ad diviſionem, maritus, an ſocius? hoc caſu neceſſaria, illo voluntaria alienatio cenſetur. altero igitur diviſionem impedit Lex Julia, altero non impedit *l. 2. C. h. t.* ſed late & plene ea de re *l. 78. §. 4. D. de jur. dot.* Cæterum Paulus *d. l. 1. §. 1. h. t.* ait, & per univerſitatem tranſire prædium, ſecundum quod poſſibile eſt, ad alterum: veluti ad mariti heredem. idque in *l. 62. D. de adq. rer. dom.* obſervat, etiam alibi contingere. plane in §. 1. *d. l.* 1. cum ad heredem tranſit prædium, notat cum ſuo jure tranſire, ut alienari non poſſit. Similiter ſi maritus fuerit in ſervitutem, puta privatam, redactus; (quo caſu ſolvi matrimonium ſuo loco dicetur) & ad ſervi dominum tranſierit fundus dotalis: poteſt quæri, an poſſit hic dominus alienare dotalem fundum? Ulpianus *l. 2. h. t.* verius putat, non poſſe: eaque ratione mox addit §. 1. & ſi ad fiſcum pervenerit, nihilominus venditionem fundi impediri, quamvis fiſcus ſemper idoneus ſucceſſor ſit, & ſolvendo.

Satis de alienatione dotalis fundi. de pigneratitione videamus. Lex enim Julia, præter alienationem, etiam obligationem vetat: cum hoc tamen diſcrimine; quod illam prohibet, tantum invita muliere; hanc etiam, conſentiente. Verum Imp. Juſtinianus, quo plenius ſubveniret fragilitati ſexus muliebris, quod Lex Julia de obligatione ſtatuit, ad alienationem porrexit. ita neque invita, neque volente, uxore hodie aut obligari aut alienari a marito fundus dotalis poteſt.

LIBER

Digitized by Google

LIBER VIGESIMUS QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum & uxorem.

A dote quam appellavi ſpeciem impropriæ donationis, ſeparandæ hoc Titulo ſunt donationes veræ: nam illa, ut vidimus, inter virum & uxorem tam poſt, quam ante matrimonium optimo jure conſtituitur: hæ deinde inter eos fieri nequeunt: Ulpiano *l.* 1. *& l.* 3. juncta *l.* 32. *h. t.* auctore, Moribus apud nos receptum eſſe, ne inter virum & uxorem donationes valerent: eoſque mores fuiſſe Oratione Imperatoris Antonini in Senatu habita confirmatos Fulvio Æmiliano & Nummio Albino Conſulibus, paulo ante exceſſum Severi D. Patris ſui. ſi vere, ut fas eſt credere, recitata fuit communi utriuſque nomine: ſatis explorato, patrem, quamdiu vixit, ſe Principatu numquam abdicaſſe: licet hunc cum filio communicaverit. rem vides & inventam rationem, cur ea Oratio modo Antonino adſcribatur *d. l.* 3. *D. h. t.* modo Severo *l.* 10. *C. d. t.* modo utrique *l.* 3. *C. d. t.* ac ne cui hoc novum videatur, ei licebit conſulere ſcripta a me ſupra ſub Titulo, *De offic. Præfect. Urbi:* ubi annotavi ſimilia. proxime quoque ſub Titulo *De ritu nuptiarum* obſervavi aliquid ex *l.* 67. §. 3. juncta Inſcriptione *l.* 60. *ibidem* Illud prope ſupervacuum fuerit moneri, hanc Orationem in *d. l.* 3. vocari Conſtitutionem generali appellatione Placiti Principalis: item alibi Senatus Decretum *l.* 32. §. 24. *D. h. t.* & Senatuſconſultum *l.* 1. §. 3. *D. de dot. prælег.* ſolitis Principum Orationibus confirmari Decreto Senatus: ut notum; & in præſentia factum fuiſſe, apparet ex *d. l.* 32.

Sequens fuerit inquiſitio, atque ipſa non levis momenti; qua ratione Veteres noluerint, donationes inter virum & uxorem fieri; cum poſſit durum atque inhumanum putari, inter eos impediri liberalitatem, inter quos neceſſaria & laudabilis ſit benignitas. Fuiſſe tamen hoc ſumma utilitate receptum, Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* exiſtimat: cauſatus, fuiſſe providendum, ne mutuato amore invicem ſpoliarentur, donationibus non temperantes, ſed profuſa erga ſe facilitate. Ad hanc rationem accedit altera Pauli *l.* 2. fuiſſe cavendum; ut eſſet eis ſtudium liberos potius educendi. Sic habent manuſcripti libri: quomodo etiam *educere* pro *educare* dicitur *l.* 28 §. 1. *D. h. t.* Sextus Cæcilius invenit & tertiam rationem: quæ eſt, quod ſæpe futurum eſſet, ut diſcuterentur matrimonia, ſi non donaret is qui poſſet, atque ita eventurum, ut venalicia eſſent matrimonia. Hanc rationem ex Sexto Cæcilio ſervavit nobis Paulus *d. l.* 2. atque ipſam Oratione Imperatoris Antonini eſſe electam, memorat in *l.* 3. Ulpianus: ſic ſcribens: *Majores noſtri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt, amorem honeſtum ſolis animis æſtimantes, famæ etiam conjunctorum conſulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Videamus nunc, inter quos prohibitæ Oratione ſint donationes. Illa nominat virum & uxorem: *Majores,* inquiens, *noſtri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Sunt autem vir & uxor inter quos contractæ ſunt nuptiæ ſive matrimonium ſolemniter jure civili, aut conſenſu jure gentium. Ante ſponſus & ſponſa appellantur: de quibus nihil Oratio. Inde Modeſtinus *l.* 27. *D. h. t. Inter eos,* inquit, *qui matrimonio coituri ſunt, ante nuptias donatio facta jure conſiſtit.* & addit, ita jus eſſe; *etſi eodem die fuerint contractæ.* Proinde ſi lis ſit de donatione, quam aliquando vir uxori fecerit, aut contra uxor viro: una eſt deliberatio, utrum ſponſo facta ſit a ſponſa, an uxori a marito, & vice verſa. qua in parte ſæpe fuit dubitatum, nuptiis eodem die celebratis: ſive quod ſponſa, cum donatio fieret, nondum eſſet deducta in domum viri: ſive quod tabulæ nuptiales nondum eſſent ſignatæ. creditum autem fuit intereſſe, quid ageretur: utrum ut nudo conſenſu conſtaret matrimonium: an placeret, nuptias ſolemniter fieri. ſumma tamen huc redit: utrum jam, cum donatio fieret, perfectum fuerit matrimonium, perfectæve nuptiæ. ita utraque in ſpecie Scævola *l.* 66. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* magis de jure, quam de facto, reſpondere ſolitus. In dubio vero ſervandum quod in *l.* 6. *C. de donat. ant. nupt.* Aurelianus Donatæ cuidam ſic reſcribit: *Cum in te ſimplicem donationem dicas factam eſſe die nuptiarum, & in ambiguum poſſit venire, utrum a ſponſo, an a marito donatum ſit, ſic diſtinguendum eſt, ut ſi in tua domo donum acceptum eſt, ante nuptias videatur facta donatio: quod ſi penes ſe dedit ſponſus, retrahi poſſit: uxor enim fuiſti.* Occurrit hic & alia inſpectio *l.* 5. *D. h. t.* quæ ſequitur: ſponſus ſponſæ donaturus, tradidit Titio, ut is ſponſæ daret. deinde Titius tradidit poſt nuptias ſecutas. De jure quæritur? Ulpianus ait, ſiquidem eum interpoſuerit maritus, non valere donationem quæ poſt contractas nuptias perficiatur: ſi vero mulier eum interpoſuerit, jam dudum perfectam donationem, hoc eſt, ante nuptias; atque ideo,

quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

Apparet igitur, donationem poſt matrimonium prohiberi: ideoque eſſe contractum oportere ſecundum legum præcepta: nam tum demum vir & uxor appellantur. quod ſi intervenerit impedimentum, ne ſit omnino matrimonium: Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* putat, donationem valere ſubtili jure, quaſi non ſit facta inter virum & uxorem: inter quos Oratione prohibetur. Nec tamen opinor, hoc ab Ulpiano de omni dici impedimento: nam inceſtis ac nefariis nuptiis, an irrita ſit donatio, dubitare vix potuit: qui non ignoravit, hujuſmodi nuptias diſſolvi, & deportatione, omniumque bonorum publicatione coërceri. Igitur oportet eum accipi de impedimento matrimonii quod ſolo conſtet civili jure. exemplum ſit hoc Ulpiani; ſi Senatoris filia libertino contra Senatuſconſultum nupſerit, vel provincialis mulier ei qui ibi meret, contra Mandata: nam tum, inquit, valebit donatio, quia nuptiæ non ſunt. Vides juris ſubtilitatem. ſed quam refutat Ulpianus, argumento ducto ab abſurdo, quod eſt plurimi in jure uſus adverſus vanitatem ſubtilitatis parum utilis: ut in *l.* 36. §. 3. *D. de petit. hered. l.* 13. *D. de noxal. act.* & alibi. In præſentia certe Ulpianus, *Fas*, inquit, *non eſt*, *eas donationes ratas eſſe*, *ne melior ſit eorum conditio qui deliquerunt*. Sic Ulpianus. addo: Alexander *l.* 7. *C. h. t.* Verba Alexandri. *Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es*, *collata in maritum donatio ipſo jure irrita eſt. ſed ſi matrimonium jure non valuit*, *licet ipſo jure donatio tenuerit*; *quia tamen indigna perſona ejus fuit*, *qui nec maritus poteſt dici*; *utiles actiones ſuper revocandis his tibi competunt*.

Superiori quæſtioni affinis eſt ſequens; an Oratio, donationem prohibens inter virum & uxorem, inter concubinos quoque obtineat? erat dubitatio: quod concubinatus matrimonium imitatur; nec eſt legibus vetitus: imo per leges accepit nomen. Sed placuit, ſtari intra anguſtiam verborum, viri & uxoris. Papinianum audi: ſic ſcribit *l.* 31. *D. de donat. Donationes in concubinas collatas non poſſe revocari convenit.* Papinianus indicat, fuiſſe in Fori diſputatione quæſitum, an donationes in concubinas collatæ, per Orationem valerent: ſed uno ore reſpondiſſe Prudentes, valere: puto, quod Oratio locuta fuit de uxoribus: de concubinis non fuit. Addit Papinianus, *Nec ſi matrimonium inter eoſdem poſtea fuerit contractum*, *ad irritum recidere.* Videlicet, quia ſufficit, donationem, quo tempore fiebat, non a viro eſſe collatam in uxorem: & multa ſubſiſtunt, etſi incidant in caſum, unde non potuerunt incipere. Igitur ſi quæ talis incidat quæſtio; unum perpendi ſuadet Papinianus, *an maritalis honor & affectio pridem præceſſerit*: id eſt, an concubinatus pridem ſit in matrimonium converſus: aut palam confectis tabulis nuptialibus, ſi quidem impares ſint perſonæ: aut etiam tacite perſonis comparatis, & vitæ conjunctione conſiderata: quando conſenſus quo matrimonium inter pares perficitur, non minus tacite ſit, quam palam; & tabulæ nuptiales ad probationem proficiunt, ad ſubſtantiam matrimonii non deſiderantur. Sic Papinianus. & ei aſſenſit Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* confirmans, D. Severum ſecundum hæc reſcripſiſſe in liberta Pontii Paulini Senatoris: quod non erat affectione uxoris habita, ſed magis concubinæ. Plane Antoninus *l.* 2. *C. h. t.* a concubina excipit militum focarias: negans, diſciplinam pati, ſuos milites ab illis ſpoliari fictis blanditiis. Focariam autem Adrianus Turnebus *lib.* 8. *Adverſ. c.* 9. interpretatur quæ focum colit, & eſt culinaria.

Prohibet igitur Oratio, quatenus ad verba attinet, donationem inter virum & uxorem: ſed longius ivit interpretatio: quaſi Orationis mente etiam ad hos qui in ejuſdem poteſtate ſunt, pertingente. id vidit Ulpianus *d. l.* 3. §. 2. ſic ſcribens: *Qui in ejuſdem poteſtate ſunt*, *prohibentur ſibi donare.* & pro exemplo ſubjicit: *ut puta frater mariti*, *qui eſt in ſoceri poteſtate.* Cauſa interpretationis hæc videtur: quod qui in alterius poteſtate eſt, idem habetur illi: ac proinde ſi alteri donaretur, cum prohibitum eſſet donari alteri: nihil quidem fieret contra verba Orationis; ſed fraus fieret ejus ſententiæ: donationis lucro aut commodo, quod nolebat Oratio, utique perventuro ad alterum, aut qui idem ei habeatur. Ulpianus §. 4. addit; quod ſecundum hæc, ſi mater donet filio qui in patris poteſtate ſit, nullius momenti erit donatio: & hanc adjicit rationem; quod patri quæritur: niſi ſi in caſtra eunti dederit: tum enim, inquit, videtur valere donatio: quia filio quæritur, & eſt caſtrenſis peculii. Eadem ratione ait, & ſi filius, vel privignus, vel quivis alius, poteſtati ſubjectus, de caſtrenſi ſuo peculio donavit, non eſſe irritam donationem. Porro prohibetur & uxori & nurui donare etiam is qui eſt in ſoceri poteſtate §. 5. *d. l.* 4. Hæc a parte mariti. ab uxoris vero nuruſve parte ait, prohibitum eſſe donari viro vel genero. hoc plus addit §. 5. quod ſi fuerit donatum his qui ſunt in eorum poteſtate, vel quorum ſunt in poteſtate, non valebit donatio, ſi modo vir & ſocer ſunt in ejuſdem poteſtate, vel vir in ſoceri. cæterum, ſi in alia familia eſt maritus, neque ſocero, neque ei qui eſt in ejus poteſtate, neque ei in cujus eſt, donatione interdictum eſt §. 6. Similiter ſocrui a nuru, vel contra, donari non eſt prohibitum, quia hic jus poteſtatis non vertitur *d. l.* 3. §. 7. Prohibita igitur eſt donatio inter virum & uxorem, ſi verba Orationis ſpectamus: ſin mentem; etiam inter eos qui in ejuſdem poteſtate ſunt. Verbum autem poteſtatis Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. non ſolum ad liberos trahi ait,

Digitized by Google

ait, verum etiam ad ſervos: nam magis eſſe, ut hi qui aliquo jure ſubjecti ſunt marito, donare non poſſint. Plus obſervavit Ulpianus *l.* 3. §. 9. *D. h. t.* verbis ſequentibus: *Non tantum autem per ſe maritus & uxor cæteræque perſonæ dare non poſſunt.* Sic extat Florentiæ & apud Haloandrum: ſed aliquid deeſt pleno ſenſui: quod in aliis editionibus ita ſuppletur: *Non tantum autem per ſe maritus & uxor, ceteræque perſonæ dare non poſſunt, ſed nec per interpoſitam perſonam.* Sane non male. nec tamen auſim, omnino negare, lectionem Haloandrinam & Florentinam eſſe ipſius Ulpiani: bene gnarus, hujuſmodi locutiones ut ut abſurdas, Veteribus non eſſe inſolitas. notavi tales *lib. ſing. Ad Edict. De pactis & tranſactionibus. c.* 22. item ſupra ſub Titulo, *De minoribus*, & *De ritu nuptiarum*, & alibi. Quidquid eſt, conſtat, maritum & uxorem cæteraſque perſonas neque per ſe dare, nec per interpoſitam perſonam. & ſunt exempla pulchra ac clara ſatis in *d. l.* 3. §. 12. & 13. nec opus interpretatione. potius generaliter tenendum, (cum Ulpiano *l.* 5. §. 2. *D. h. t.*) quod inter ipſos, aut qui ad eos pertinent, aut interpoſitas perſonas donationis cauſa agatur, non valere. quod ſi aliarum extrinſecus rerum perſonarumve cauſa commixta ſit; ſi ſeparari non poteſt, nec donationem impediri: ſi ſeparari poſſit, cætera valere; id quod donatum ſit, non valere.

Paris fuerit utilitatis, admonere, quod Oratio de viro & uxore loquens, credita fuit hac fuiſſe mente: ut inter eos prohiberet donationes demum in caſum conſtantis matrimonii: at in caſum ſoluti non prohiberet. nam priore caſu ſunt vir & uxor, inter quos opus fuit providentia prohibitæ donationis: poſteriore non ſunt; ideoque conſimili providentia inter eos opus non fuit. neſcio, an hoc indigitet Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* ab hac cauſa confeſſus, quantum conjicio, quod inter virum & uxorem mortis cauſa donationes receptæ ſunt: id eſt, interpretatione Juriſconſultorum ſunt receptæ ex mente Orationis: videlicet, quia (in *l.* 10. ſic commode ſubjicit Gajus) in hoc tempus excurrit quo vir & uxor eſſe deſinunt. At nil opus argumento; palam huc eunte Ulpiano *l.* 32. §. 16. *h. t.* atque ex auctoritate Papiniani: ut in loco dicetur. Interim (ſic pergit Ulpianus *l.* 11.) res non ſtatim fiunt ejus, ſed tunc demum, cum mors inſecuta eſt. addit; quod medio igitur tempore demum remanet apud eum qui donavit. Vel hoc recte, & poteſtate Orationis, donationes inter virum & uxorem improbantis: inter alias certe perſonas inter quas licita eſt donatio; non eſt ita: quin poteſt inter has dominium ſtatim tranſire: niſi ſic fiat mortis cauſa donatio; ut dominium demum morte donatoris transferatur *l.* 2. *D. de mort. cauſ. donat.*

Eadem ratione placuit, inter virum & uxorem valere donationem divortii cauſa factam *l.* 11. §. *ult. D. h. t.* nam vel ſic deſinunt eſſe tales. maxime autem uſum talis donatio invenit in divortio bona gratia *l.* 60. §. 1. & *ſeqq. D. d. t.* atque in hac quoque tum demum; ſi fiat ſub ipſo divortii tempore: non ex cogitatione quandoque futuri divortii *l.* 12. *D. d. t.* Et tamen vel ſic, morte ſecuta putat Ulpianus *l.* 13. non videri factas res mulieris: quia donatio facta eſt in alium caſum.

Præter hæc ait Paulus *l.* 43. *D. d. t.* etiam poſſe inter virum & uxorem donationem fieri exilii cauſa: & quidem quemadmodum in cauſam divortii: hoc notat Ulpianus *d. l.* 13. §. 1. procul dubio ſignificans eam donationem ſolum valere, ſi fiat ſub ipſum exilii tempus: quia ſic demum valet donatio divortii cauſa. Alicui videatur tale jus eſſe ſubnixum humanitate & fide conjugibus ſemper honeſta & decora: nec ipſe hanc rationem omnino improbo. malim tamen id petere inde, quod deportatione, five exilio conjugis nuptiæ ſubtilitate juris ſolvuntur, tamquam inter perſonas impares connubio juris ſubtilitate ſublato: licet mulieri eo caſu permittatur, ſi velit, animum uxoris retinere jure gentium.

Utilis & apta Orationi fuit ſuperior Veterum obſervatio: ſed non minus apta erit ſequens Neratii apud Paulum *l.* 26. §. 1. *D. h. t.* Ex quibus cauſis inter virum & uxorem conceſſæ ſunt donationes, ex iiſdem & inter ſocerum, & generum, nurumve conceſſas eſſe. Quid inde? ipſe Paulus, Ergo, inquit, ſocer genero mortis cauſa vel divortii donabit: ſed & gener ſocero mortis ſuæ vel divortii cauſa.

Sequens locus eſt, quidnam inter virum & uxorem Oratione prohibeatur. ait: *Majores noſtri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Oratio nominat donationes. alia negotia non nominat. Licita igitur inter virum & uxorem erit emptio venditio, verbi gratia: quia non eſt prohibita: nec retractabitur facta bona fide. quod ſi palam actum ſit, ut eſſet emptio venditio; exitus autem ad donationem ſpectet, tum etſi nihil factum ſit contra verba Orationis, tamen quæſito colore circumventa eſt mens ejus, proinde non valet emptio venditio quæ eſt imaginaria: eoque detracto, re vera donatio contra Orationem facta. Ita fere Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. h. t.* & ante eum Julianus: ſed (quod idem obſervat Ulpianus ex ſententia Neratii & Pomponii *l.* 5. §. 5. *D. h. t.*) cum aliquo accipiendus temperamento: ait enim, venditionem inter virum & uxorem factam donationis cauſa, nullius eſſe momenti: ſi modo maritus, cum non haberet animum vendendi, venditionem idcirco commentus ſit, ut donaret. enimvero ſi cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remiſit, venditionem quidem valere, remiſſionem autem hactenus non valere, quatenus facta eſt locupletior. ita-

Digitized by Google

itaque addit, ſi res quindecim venit quinque, nunc autem ſit decem, quinque tantum præſtanda eſſe: quia in hoc locupletior videtur facta. Sic Ulpianus, atque ex ſententia Neratii, atque a Pomponio, ut puto *l. 31. §. 3. & 4. D. h. t.* Locus is quia eſt obſcurior, obiter explicandus: cum ex eo etiam appareat ratio ſuperioris diſtinctionis. Ecce: duo vendita ſunt mancipia unis quinque, cum ſingula eſſent quinis digna. ea æſtimatio inter virum & uxorem facta donationis cauſa. certum eſt, hujuſmodi donationem Oratione improbari, ſed quatenus, quæritur? finis loci indicat, referre ex ſententia Pomponii; utrum, cum animus vendendi non eſſet, idcirco facta ſit venditio, ut ſub ea lateret donatio; an cum principaliter cogitaretur venditio, ſolum actum fuerit, ut ea minoris fieret. priore caſu putat Pomponius, venditionem totam nullius eſſe momenti: quia principaliter actum eſt, ut donetur, idque ad ſe trahit quod ei eſt conſequens. poſteriore putat, eam valere: & cauſatur, non eſſe tum ſpectandum, quanti mancipia ſint, ſed quantum ex pretio ſit donationis cauſa remiſſum. itaque melius dici, ea pro portione eſſe communia. nempe, quia principalis contrahendi cauſa fuit venditio, & ſine dubio licet a viro & uxore emere, ſi non ſit donandi animus. Valet igitur venditio, quatenus eſt talis: ſed quatenus ineſt ei donatio, non valet. Inde inſert §. 4. Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio, & donationis cauſa paciſcantur, Ne quid venditor ob eam rem præſtet: verius eſſe, valere venditionem, ſed dumtaxat pactum eſſe irritum: quia id ſolum ad donationem ſpectat, non etiam venditio principaliter celebrata. Idem §. 5. dicimus, inquit, Si donationis cauſa pacti ſint, Ne fugitivum aut erronem præſtent; nam integras eſſe Ædilitias actiones & ex empto: quia in his ſola apparet donatio Oratione vetita.

Hactenus liquet, donationem inter virum & uxorem Oratione prohiberi. nondum, quid illa appellatione intelligatur. Hanc vero curam ſuam eſſe voluit Julianus *l. 1. D. de donationib.* Sic mihi perſuadeo argumento Inſcriptionis præferentis Juliani librum XVII Digeſtorum: in quo eum ad Orationem ſcripſiſſe didici ex Ulpiano *l. 3. §. ult.* & ipſo Juliano *l. 5. D. h. t.* Res clareret; ſi integrum Juliani Commentarium haberemus: nunc, ut in Fragmentis, conjectura agam, ſed probabili. Igitur ut finiret Julianus, quam Oratio deſignet donationem, Veterum more (quo de egi *lib. ſing. Ad Edict. De pact. & tranſact. c. 6.*) attulit complures donationum formas: *Donationes*, inquiens, *complures ſunt. dat aliquis ea mente, ut ſtatim velit accipientis fieri nec ullo caſu ad ſe reverti; & propter nullam aliam cauſam facit, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat: hæc proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid ſequutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, ſed totum hoc donatio ſub conditione eſt. Item, cum quis ea mente dat, ut ſtatim quidem faciat accipientis, ſi tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad ſe reverti: non proprie donatio dicitur: ſed totum hoc donatio eſt quæ ſub conditione ſolvatur: qualis eſt mortis cauſa donatio.* Hæc Julianus in expoſitione Orationis, quid proprie, quid improprie, ſit donatio, definiens: non æque, quam Oratio exaudiat. Mihi tamen crede, voluiſſe, donationis appellatione in Oratione venire liberalitatem veram & propriam: impropias non venire. Quæris argumentum? Ecce egregium: quod ipſe eodem libro XVII mortis cauſa donationem quæ eſt impropria, ab Orationis prohibitione excipit *l. 11. §. 1. D. h. t.* idemque circa donationem divortii cauſa obſervaſſe, accipio ex Ulpiano *d. l. 11. §. 10. & 11.* Simili ratione video a Marciano *l. 214. D. de verb. ſignif.* donum a munere diſtingui. Munus enim dici proprie, quod neceſſarie obimus lege, more, imperiove ejus qui jubendi habet poteſtatem. Dona autem proprie eſſe quæ nulla neceſſitate juris, officii, ſed ſponte, præſtantur: quæ ſi non præſtentur, nullam eſſe reprehenſionem; &, ſi præſtentur, plerumque laudem ineſſe. Munus igitur eſt donatio cum cauſa: utputa, natalicium, nuptalicium *l. 194. D. d. t.* quale Oratione non prohiberi, auctor eſt Pomponius *l. 31. §. 8. D. h. t.* Idemque eſſe ait, ſi vir uxori Kalendis Martiis dediſſet. Dies Kalendarum Martii erat feſtus matronis. eo illis dabantur ab amicis munera ſolemnia: de quibus Budæus *p.* 380. & allegati infra ſub Titulo, *De admin. tutor.* Briſſonius & Rævardus. Hoc exemplo fuit marito licitum, uxori dare hujuſmodi munus: quia donatio Oratione prohibetur; munus non prohibetur. Excipit Pomponius, *Niſi forte immodicum ſit:* arbitratus, illo prætextu donum fieri in fraudem Orationis: ut eſt jam dudum obſervatum a Brummero, *Comm. ad Leg. Cinc. c. 2.* Cujacio *lib. 6. Obſerv. c.* 18.

Prohibet igitur Oratio inter virum & uxorem donationes veras ac proprias: & quidem omnes, ſi ſerviamus verbis late patentibus: ſed amplitudinem coarctavit uſus, ſeveritatem nimiam aliqua molliens humanitate, non invita Oratione: credentibus Veteribus, illi non fuiſſe propoſitum, damnare aut tollere conjugalem benignitatem: ſed cavere, ne eo prætextu abutentibus, (ipſa adfero Orationis verba) *melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Sint igitur infinita priora Orationis verba: at ſequentia evincunt, ejus mentem fuiſſe, ſolam prohibere donationem quæ donantem pauperiorem, & accipientem ditiorem faciat. proinde ſi quæ donatio donantem faciat pauperiorem, accipientem vero non faciat locupleriorem, aut contra: nihil improbatur, ceſſante ratione prohibitionis. Ne res ſine exemplo eſſet, Ulpianus

l. 5. §. 8. D. h. t. ſepulturæ, inquit, locum marito ab uxore, vel contra, poſſe donari conſtat. & ſi quidem intulerit, faciet locum religioſum. Ne quoque obſcura eſſet ratio conceſſi juris: cauſatur, hoc venire ex eo quod ſolet definiri, eam demum impediri donationem quæ donantem pauperiorem, & accipientem locupletiorem facit. Porro non videri locupletiorem fieri ea in re, quam religioni dicavit; cum ſit nullius. Atqui emeret, niſi a marito accepiſſet. Sed Ulpianus nolens hoc moveri quemquam, contra ait, uxorem, etſi pauperior fieret, niſi maritus dediſſet, non tamen idcirco fieri locupletiorem, quod non expendit. Plus ait Ulpianus §. 9. *d. l. 5.* hanc rem & illud ſuadere, ſi maritus uxori ſepulturæ cauſa donaverit, locum ita demum mulieris fieri, cum corpus humatur: cæterum, antequam fiat religioſus, donantis manere: proinde ſi diſtraxerit mulier, locum donatoris manere. Similiter ait §. 10. ſecundum hæc, ſi maritus uxori ſuæ donaverit monumentum purum magni pretii, valere donationem: ſic tamen; ut valeat, cum ſit religioſum. Addit §. 11. etſi ipſa fuerit illo illata, favorabiliter tamen dici, locum religioſum fieri. Ait, *favorabiliter*. Recte: quia ſtricto Jure non convaleſcit donatio, muliere defuncta, adhuc vivo marito qui donavit *l. 18. C. h. t.* Pergit: Proinde, & ſi maritus ad oblationem Dei uxori donavit, vel locum in quo opus publicum quod promiſerat facere, vel ut ædem publicam dedicaret; fieri locum ſacrum. ſed & ſi quid ei det, ut donum Deo detur, vel conſecretur, dubium non eſſe, quin debeat valere. quare & ſi oleum pro ea in æde ſacra poſuerit, valere donationem *d l. 5. §. 12.* Superioribus exemplis jungam ſequens ex *l. 22. C. h. t. Maritus manumiſſionis cauſa ſervum mulieri, conſtante matrimonio, donare poteſt.* Rationem hujus exempli eſſe eamdem ſuperiori, cenſet Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 23.* §. 1. quamvis cauſatur quoque favorem libertatis: ſed ut videatur priorem malle. Similiter ſi apiſcendæ dignitatis gratia ab uxore quid in maritum eſt collatum, eatenus ratum eſſe, quatenus dignitati ſupplendæ opus eſt, Ulpianus auctor eſt *l. 40. D. d. t.* Gajus *l. 42.* dicit, hanc donationem fieri honoris cauſa, & receptam eſſe nuper ex indulgentia Principis Antonini. exemplum Gajo; ſi uxor viro donet laticlavii petendi gratia, vel ut equeſtris ordinis fiat. Quid ſit clavus latus, & anguſtus, alter Senatoriæ, alter equeſtris, dignitatis inſigne, optime deſcribit Albertus Rubenius *lib. 1. De re veſtiaria*, & Jacobus Cujacius *lib. 12. Obſerv. c. 39.* Commode autem obſervat Rubenius *c. 14.* veſtem laticlaviam etſi proprie ſit Senatoria, tamen Principum indulgentia etiam concedi Equitibus, præſertim ſplendidis, & juſtum cenſum habentibus: atque hoc innuere Ulpianum in *d. l. 40.* cum dicit, *quod uxor in maritum confert apiſcendæ dignitatis gratia, eatenus ratum eſſe, quatenus ſupplendæ dignitati opus eſt.* Eodem ſpectat hoc Licinii Rufini *l. 41. Nam & Imp. Antoninus conſtituit, ut ad proceſſus viri uxor ei donare poſſit.* Rem attingit Jacobus Rævardus *lib. 2. Conjectan. c. 9.* Non alium in finem ait Gajus *d. l. 42.*, poſſe & ludorum gratia donationem fieri: id eſt, in ſumptum ludorum quos initio Magiſtratus populo exhibiturus ſit maritus. qua de re idem Rævardus *lib. 1. Conjectan. c. 6.* Aliquis dicet, uxorem in omnibus hiſce caſibus donatione fieri pauperiorem. Nec hoc negari debet. Sed Orationi ſufficit, maritum idcirco non fieri locupletiorem: uſque adeo, ut in *l. 21. C. h. t.* placeat, Diocletiano & Maximiano, mulierem, ſi quam pecuniam pro marito erogaverit in ejus dignitatem, eam licet mutuam acceperit, a marito non poſſe repetere. Ab eodem fonte eſt hoc Ulpiani *l. 17. D. h. t. Marcellus lib. 7. Digeſtorum quærit, Si mulier acceptam a marito pecuniam in ſportulas pro cognato ſuo Ordini erogaverit, an donatio valeat? Et ait, valere: nec videri locupletiorem mulierem factam, quamvis mutuam pecuniam eſſet acceptura, & pro adfine erogatura.* Quæ hic ſint ſportulæ Ordini pro cognato erogatæ a muliere, accipe a Budæo V. Cl. *Annot. in Pandect. pag. 379. & ſeq.* dicente, ſportulas eſſe honorarium decurionatus, pro introitu in bulen a Decurionibus dari ſolitum. quod probo, & apparet ex Plinio *lib. 10. Epiſt. 48. & alibi*, etiam ex Papiniano *l. 5. §. 1. D. de Decurionib.* Aliud exemplum in *l. 7. §. 1. D. h. t.* verba: *Si maritus pecuniam uxori in unguenta dederit, eaque eam [pecuniam] creditori ſuo ſolverit, mox ea de ſua pecunia unguenta emerit: non videri locupletiorem factam, Marcellus lib. 7. Digeſtorum ſcribit. Idemque & ſi lancem ob eamdem cauſam ei dederit, eaque lancem retinuerit, de ſua autem pecunia unguenta emerit, vindicationem ceſſare. quia non eſt locupletior quæ tantundem in re mortua impendit.* Budæus *p. 325.* ait, unguenta proprie vocari quæ ſunt voluptaria, & ad ſuaveolentiam & delicias inventa. ea unguenta Ulpianus dicit rem mortuam, cum vult dicere inutilem & tantum ſpectantem ad perditionem: ut erudite obſervat Jacobus Cujacius *lib. 9. Obſerv. c. 30.* De cætero poterit res confirmari ſequente Pauli loco ex *l. 28. §. 6. D. d. t. Si, antequam a viro annuum acciperet mulier, ipſa de ſuo, aut etiam mutuata impenderit: videri tantum jam ex annuo conſumptum.* Injecta a Paulo mentio annui non ſinit, me ſilere, vel ejus dationem Oratione prohiberi: nam hanc ſpeciem donationis eſſe, Julianus ſcribit *l. 22. D. de pact. dotal.* puto, ſi ſit immodicum: nam hoc caſu poſſe donationem, tamquam inutilem, revocari, Ulpianus cenſet *l. 15. D. h. t. Ex annuo vel menſtruo*, inquiens, *quod uxori maritus præſtat, tunc quod ſupereſt, revocabitur,*

ſi ſatis immodicum eſt. nempe, ne hoc prætextu maritus fiat pauperior; & uxor ditior. Immodicum autem eſſe dicit, *ſi ſit ſupra vires dotis*.

Ab annui & menſtrui donatione tranſit Ulpianus ad uſuras *d. l.* 15. §. 1. & ſunt verba: *Si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque uſuras ex donata pecunia perceperit: lucrabitur. Hæc ita Julianus in marito lib.* 18. *Digeſtorum ſcribit.* Ulpianus non quærit de donata pecunia; (certo, maritum tali donatione fieri pauperiorem, & uxorem ditiorem: quod non vult Oratio) ſed de uſuris, ex donata pecunia perceptis. docet vero, has cedere uxoris lucro: ut videtur, quia uxor hoc incremento quidem fit locupletior; at maritus non fit pauperior. Itane? uſura numquam fuit pars donatæ pecuniæ; nec eſt ex ea nata: quin venit ex alia cauſa, id eſt, ex nova obligatione: ut pulchre Pomponius *l.* 120. *D. de verb. oblig.* recte igitur cedit uxoris lucro, tamquam profecta ab ejus induſtria, & ſine hac nulla futura, ne apud maritum quidem, non facta donatione. Inde quæſitum ulterius apud Tryphoninum *l.* 16. *h. t.* quid juris ſit; *Si ex centum quæ vir uxori donavit, quinquaginta perierint, & alia quinquaginta duplicata ex uſuris uxor habet?* poterat alicui videri, quinquaginta quæ mulieri perierint per inopiam debitoris, ab ea marito eſſe ſupplenda ex perceptis uſuris: nam ſic obtineri, ne illa ſit locupletior, & ille pauperior. Sed contra Tryphoninus; *Non plus quinquaginta ejus donationis nomine maritus conſequetur.* Tryphoninus vult, uſuras a muliere perceptas ex donata pecunia, apud eam remanere integras: ut ut centum a marito acceperit donationis nomine. Videlicet, quia uſuræ ei non ſponte obvenere ex corpore donatæ pecuniæ, ſed diligentia ſtipulationis propriæ; ideoque ipſa quidem fit ex uſuris locupletior; ſed maritus propterea non eſt pauperior. nil enim ei decedit: & ſi retinuiſſet pecuniam nulla facta donatione; nec eſſet ſimili uſus induſtria, non habuiſſet uſuras. Tamen mulier accepit centum, & tantum reſtituit quinquaginta, quantumvis improbata donatione. Sit ita: ſed quinquaginta quæ perierunt, marito perierunt, tamquam domino: mulieri non perierunt, quæ neque domina fuit donatione facta, neque his litis conteſtatæ tempore locupletior apparet.

Tenori *d. l.* 15. jungenda eſt *l.* 17. ut cohæſerunt olim. in ea ſic ſcribit Ulpianus: *De fructibus quoque videamus, ſi ex fructibus prædiorum quæ donata ſunt, locupletata ſit, an in cauſam donationis cadant? Et Julianus ſignificat, fructus quoque, ut uſuras, licitam habere donationem.* Non eſt quæſtio de fructibus uxori a marito principaliter donatis, ne putes. quemadmodum enim valeat inter eos donatio: qua donans palam fiat pauperior, & accipiens locupletior? illud quæritur, quid juris ſit: ſi uxori donata a marito ſint prædia; & ex his percepti ab ea fructus. Hoc vero caſu viſum Juliano eſſe, Ulpianus ait, fructus licitam habere donationem: &, quod notandum, ut uſurarum. ſic enim locutus videtur Julianus; eaque adjectione ſignificaſſe, uxoris lucro cedere fructus ſolos induſtriales, non etiam naturales: quia ſoli induſtriales habent imaginem uſurarum, non a natura, ſed ab induſtria, venientium. conſequenter ſi fructus naturales lucraretur mulier, ipſa fieret locupletior; maritus contra pauperior: quod in induſtrialibus non eſt ita. ſane naturales quos natura ſponte producit ſine hominis facto, etiam nati eſſent, ſi prædium apud maritum manſiſſet, nulla facta donatione: induſtriales non utique; quippe qui non ſponte naſcuntur, ſolius naturæ beneficio, ſed demum humana opera & diligentia proveniunt. atque ita clare Pomponius *l.* 45. *D. de uſuris.* Plane ait Ulpianus *d. l.* 17. §. 1. *h. t.* ſi quid ſervus donatus adquiſiit, ad eum qui donavit, pertinere. hac forte ratione, quod ſervi operæ non minus fuiſſent, etſi donatus non fuiſſet: licet alioquin pro ejus fructu habeantur. Ab eodem fonte procedit, quod in §. *ult. l.* 21. *D. h. t.* ſic ſcribit Ulpianus: Si uxor viro dotem promiſerit, & dotis uſuras: ſine dubio dicendum eſt, peti uſuras poſſe: præfatus, non eſſe iſtam donationem, cum pro oneribus matrimonii petantur. Quid ſi maritus uxori remiſerit petitionem earum? Ulpiano eadem videtur quæſtio, an donatio ſit illicita. ait vero, hoc dicturum Julianum, & eſſe verum. plane, ſi convenerat, uti ſe mulier paſceret, ſuoſque homines, (id eſt, ſervos) idcirco paſſus eſt, eam dote ſua frui, ut ſe ſuoſque aleret, hoc fore putat expeditum: non enim poſſe ab ea peti, quaſi donatum, quod compenſatum eſt.

Satis, ut opinor, demonſtratum eſt, inter virum & uxorem prohiberi donationem veram & propriam: quamquam non omnem; ſed eam quæ donantem pauperiorem, & accipientem locupletiorem, facit. reſtat, quando donans intelligatur pauperior fieri: utrum tum tantum, cum de patrimonio ſuo quid dimittit: an tum quoque, cum non adquirit. prius affirmat Ulpianus, poſterius negat *l.* 5. §. 13. *D. h. t.* ſequente uſus exemplo: Maritus ab aliquo heres inſtitutus, uxore ſubſtituta, aut herede ab inteſtato futura: repudiat hereditatem ſibi teſtamento delatam: hoc conſilio; ut uxor vel ex ſubſtitutione, vel ex lege fiat heres. non eſt dubium, factam inter virum & uxorem eſſe donationem: hereditatis commodo ad mulierem perveniente: quod abſque repudiatione foret, ad eam non veniſſet. Illud quæritur, an valeat donatio? Ulpianus air. Atqui mulier, adquiſita hereditate vel ex lege, vel ex ſubſtitutione, facta eſt locupletior. Non ignorat hoc Ulpianus: ſed putat, Orationi ſufficere, quod maritus non eſt factus pauperior. Itane?

non

non dubitat Ulpianus; cum ſic ſubjicit: Neque enim pauperior fit qui non adquirat, ſed qui de patrimonio ſuo depoſuit. Ab eadem ratione Ulpianus §. 14. & ſi, inquit, legatum repudiet; placet, nobis, donationem valere, ſi mulier ſubſtituta ſit in legato, vel etiam ſi proponas eam heredem inſtitutam. Jam age Pomponius *l.* 31. §. 7. *D. h. t.* cenſet, quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es: poſſe te rogatum a me, uxori meæ relinquere: & non videri eam eſſe donationem, id eſt, non eam eſſe donationem quæ Oratione impediatur: & hanc ſubjicit rationem: quia nihil ex bonis meis imminuitur. addit præterea, Proculum exiſtimaſſe, (quod eſt notandum) majores donanti in eo maxime ſuccurriſſe, Ne amore alterius alter diſpoliaretur, non quaſi malivolos, ne alter locupletior fieret. Eodem redit hoc Ulpiani *d. l.* 5. §. 15. Si quis rogatus ſit, præcepta certa quantitate, uxori ſuæ hereditatem reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, magis pleniore officio fidei præſtandæ functum maritum, quam donaſſe videri. Sic ille ex Celſo: additque, eum rectam rationem huic ſententiæ adjeciſſe: quod plerique magis fidem exolvunt in hunc caſum, quam donant: nec putant, de ſuo proficiſci, quod de alieno plenius reſtituunt, voluntatem defuncti ſequuti. imo non immerito, inquit, ſæpe credimus, aliquid defunctum voluiſſe, & tamen non rogaſſe. præterea ſubjungit: quod hæc ſententia habet rationem magis in eo qui non erat deducta quarta rogatus reſtituere, & tamen integram fidem præſtitit, omiſſo Senatuſconſulti commodo. ac cauſatur, quod hic vere fidem exolvit, voluntatem teſtatoris obſecutus: utique, ſi non per errorem calculi fecit: cæterum indebiti fideicommiſſi eſt repetitio, Sic ſere ex Celſo Ulpianus: & tandem §. 16. *d. l.* 5. hoc modo concludit: *Ubicumque igitur non deminuit de facultatibus ſuis qui donavit, vel etiam, ſi deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.*

Poſſent hæc ſufficere. addam tamen, quod ab eadem cauſa valet donatio rei alienæ uxori a marito ſacta bona fide: quia ea nihil decedit de bonis ejus. Ita alias Papinianus *l.* 83. *D. de regulis juris*, *Non videntur*, inquit, *rem amittere quorum propria non fuit.* Sed in re præſente Terentius Clemens *l.* 25. *D. h. t.* Modum tamen adjicit Pomponius *l.* 3. *D. Pro donato* his verbis: *Si vir uxori, vel uxor viro donaverit; verum eſt, quod Trebatius putabat, ſi pauperior is qui donaſſet, non fieret, uſucapionem poſſidenti procedere.* Sic Pomponius, ut dixi, modum hunc, ſive conditionem, apponens: *Si pauperior is qui donaſſet, non fieret.* Et licet caſus petere ex *l.* 36. *pr.* & §. 1. *D. de uſurp. & uſucap.*

Expoſui rigorem Orationis, ejuſque temperamentum, quod eſt unum ſaltem. ex uno tamen collegerunt Veteres, fas eſſe, non invita Oratione, etiam alia admitti; ſi quæ ſuadeat probabilis ratio; aſſuetis Veteribus, articulo uno aut altero Lege, Edicto, Senatuſve conſulto, expreſſo, argumentando ad ſimilia procedere, quamquam non expreſſa. Hoc modo Paulus *l.* 28. §. 2. *D. h. t.* *Si quas*, inquit, *ſervi operas vir uxori præſtitiſſet vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem.* Paulus verbo, *placuit*, ſignificat, hoc temperamentum non venire ex verbis Orationis; ſed ex ſimilitudine ejus quod Oratione eſt comprehenſum: explorato, donationem ea non prohiberi, ut pereat aut minuatur conjugalis benevolentia; ſed retineatur. Ipſe ſic Paulus *d. loc.* *Et ſane non amare, nec tamquam inter infeſtos jus prohibitæ donationis tractandum eſt; ſed ut inter conjunctos maximo affectu, & ſolam inopiam timentes.* Ab eadem aut ſimili interpretatione venit, quod idem Paulus *l.* 14. *D. h. t.* ſcribit, ſi vir uxori, cujus ædes incendio conſumptæ ſint, ad reſectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum ædificii exſtructio poſtulat. Id eo certius dixerim: quia longe aliter arbitratur Ulpianus *l.* 13. §. *ult. d. t.* ſi quid datum ſit non ad ſolatium conſimilis calamitatis, ſed ad villam extruendam vel agrum ſerendum: quod alioquin facturus non erat is qui accepit. nam ait, id incidere in ſpeciem donationis inter virum & uxorem prohibitæ. Licebit mihi ſorte etiam huc referre, quod in *l.* 18. *D. h. t.* ita ſcribit Pomponius: Si vir uxoris, aut uxor viri ſervis aut veſtimentis uſus, vel uſa fuerit, vel in ædibus ejus gratis habitaverit, valet donatio. Non minus poſſit huc referri hoc Alexandri *l.* 13. *C. de negot. geſt.* Quod in uxorem tuam ægram erogaſti, non a ſocero repetere, ſed affectioni tuæ debes expendere. Idemque dicendum quoque de aliis impenſis, ſi quæ ex officio a marito aut uxore dicantur factæ. Nec tamen in his negligendum quod in *l.* 47. *D. h. t.* in hunc modum monet Ulpianus: *Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus, in rem ejus impenderit vir, facti, non juris eſt quæſtio. conjectura ejus rei ex modo & ex genere impenſæ non difficilis eſt.*

Prohibitas inter virum & uxorem vidimus donationes. videamus effectum prohibitionis. Ait Oratio: *Majores noſtri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Notanda ſunt hæc verba; nam habent formam Legis imperfectæ: id eſt, ut Ulpianus *Tit.* 1. interpretatur, ſaltem prohibentis, non etiam reſcindentis. tantum enim ajunt, Majores prohibuiſſe donationes: non addunt, infirmaſſe aut reſcidiſſe. opinor tamen, legem haberi oportere perfectam: ac donationes inter virum & uxorem cum a Majoribus, tum hac Oratione non prohibitas tantum, ſed infirmatas quoque & reſciſſas fuiſſe. Id ex Oratione liqueret ipſa procul dubio, ſi integrum

haberemus Caput. nunc quod licet, colligo ex his verbis Capitis ſecundi in *l.* 32. §. 2. *D. h. t. Fas eſſe eum quidem qui donavit pœnitere, heredem vero eripere forſitan adverſus voluntatem ſupremam ejus qui donaverit durum & avarum eſſe.* Mitto ea verba: clare Ulpianus *l.* 3. §. 10. *D. d. t. Sciendum eſt*, inquit, *ita interdictam inter virum & uxorem eſſe donationem, ut ipſo jure nihil valeat quod actum eſt donationis cauſa.* Si vere: probanda eſt ſequens ejus illatio: *Proinde, ſi corpus ſit quod donatur*, (id eſt, ut ego interpretor quod traditur ex cauſa donationis) *nec traditio quidquam valet; & ſi ſtipulanti promiſſum ſit vel accepto latum, nihil valet.* Qua ratione? hanc adfert: *Ipſo enim jure quæ inter virum & uxorem donationis cauſa geruntur, nullius momenti ſunt.* Quid igitur eſt? *Si quis*, inquit, *nummos uxori dederit*, id eſt, ipſe per ſe dederit, *non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri, palam eſt d. l.* 3. §. 11. Quid ſi per interpoſitam dederit perſonam? fac: juſſit, debitorem ſuum ei ſolvere: an ejus fient nummi, debitorque liberatur? Hanc quæſtionem tractavit Celſus: & Ulpianus §. 12. ait, eum ſcribere, & debitorem liberatum & nummos mariti, non uxoris factos: idque ſic demonſtrat: *Nam ſi donatio jure civili non impediretur, eum rei geſtæ ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter ſe actionum unam actionem occultari. cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori: nec novum aut mirum eſſe, quod per alium accipias, te accipere. Nam & ſi is qui creditoris tui ſe procuratorem eſſe ſimulaverit, a debitore tuo, jubente te pecuniam acceperit, & furti actionem te habere conſtat, & ipſam pecuniam tuam eſſe.* Addit Ulpianus §. 13. *Huic ſententiæ conſequens eſt, quod Julianus libro ſeptimo decimo Digeſtorum ſcripſit, ſi donaturum mihi juſſero uxori meæ dare. ait enim Julianus, nullius eſſe momenti: perinde enim habendum, atque ſi ego acceptam,* [&] *rem meam factam, uxori meæ dediſſem. Quæ ſententia vera eſt.* Sic editur: ſed dubito, an præſtet, ſcribi tranſpoſitis verbis: *Huic ſententiæ conſequens eſt, quod Julianus libro ſeptimo decimo Digeſtorum ſcripſit, ſi donaturum mihi juſſero uxori meæ dare, nullius eſſe momenti: ait enim Julianus, perinde habendum, atque ſi ego acceptam & rem meam factam, uxori meæ dediſſem. quæ ſententia vera eſt.* Nunc quæ conſequentia inde ſint, tractandum eſt. Primum, ſi donatio intra ſtipulationem conſiſtat: erit hic exitus, ut promiſſum non poſſit peti actione ex ſtipulatu. Deinde ſi ſtipulatione debitum ſit accepto latum: poſſit perinde peti, ac ſi nulla acceptilatio interveniſſet: per traditionem autem veram, vel quaſi conſummata donatione, nec traditio valeat. Ita veriſſime ait Ulpianus *l.* 3. §. 10. *D. h. t.* ea quæ inter virum & uxorem donationis cauſa geruntur, nullius momenti eſſe ipſo jure. Nec dubium, quin res donata a donatore, dominio apud eum remanente, ſi exſtet, vindicari poſſit *l.* 5. §. 18. *D. d. t.* uſque adeo, ut Celſus *l.* 48. *d. t.* ne referre quidem putet; utrum relicta ei a conjuge ſint legata ampla. Sic: ſi datum ſit corpus, idemque extet. quod ſi data ſit pecunia, ex eaque empta ſit res mobilis aut immobilis: Paulo viſum, ceſſante actione directa, donanti utilem competere in rem actionem *l.* 55. *D. h. t.* ejusque etiam meminit Juſtinianus *l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.* Sic: ſi res exſtet. Quod ſi conſumpta ſit: ait Ulpianus *d. l.* 5. §. 18. condici hactenus, quatenus quis locupletior factus eſt. Quapropter? quia (ſic ex Gajo ſubjicitur *l.* 6.) quod ex donatione non conceſſa retinetur, id aut ſine cauſa, aut ex injuſta cauſa retineri intelligitur: ſoletque ex his condictio naſci. Aliquem conturbet: quod nemo rem ſuam condicit, præterquam a fure §. 14. *Inſt. de action. l. ult. D. Quemadm. uſusfr. amit.* At qui condictione in propoſito utitur, is ea non ſic agit, tamquam rem ſuam condicat, ſed tamquam alienam & ſibi debitam ex contractu vero vel quaſi: ut fit in aliis in perſonam actionibus, commodati, pignoris, depoſiti, verbi gratia, quibus res noſtras condicimus: quamquam & vindicare eas poſſimus. Poſtremo ſic infit Ulpianus *l.* 6. *D. de condict. ob turp. cauſ. Perpetuo Sabinus probavit Veterum opinionem, exiſtimantium, id quod ex injuſta cauſa apud aliquem ſit, poſſe condici. in qua ſententia etiam Celſus eſt.* Plane Paulus *l.* 28. *D. h. t.* ait: *Si id quod donatum ſit, perierit, vel conſumptum ſit, ejus qui dedit, eſſe detrimentum. Merito, quia manet res ejus qui dedit, ſuamque rem perdit.* Teneamus igitur quod dixi, rei viro aut uxori ab altero donatæ, ſi conſumpta ſit, condictionem eſſe: non in ſolidum, ſed quatenus locupletior ea re factus ſit qui accepit. Quo tempore? apud Ulpianum *l.* 7. *D. h. t.* ſic quæritur. *Quod autem ſpectetur tempus, an locupletiores ſint facti: utrum tempus litis conteſtatæ, an rei judicatæ?* reſpondetur autem: *Et verum eſt*, (*verum* dixit Ulpianus pro æquo: ut alias ſæpius a me aliiſque obſervatum) *litis conteſtatæ tempus ſpectari oportere, idque Imperator Noſter cum Patre reſcripſit.*

Ut redeamus in viam: apparet, dominium rei donatæ uxoris traditione in maritum non tranſire. De poſſeſſione nondum diximus. ait Paulus *l.* 1. §. 4. *D. de adq. poſſeſſ. Si vir uxori cedat poſſeſſione, plerique putant, poſſidere eam.* Et duplice ratione: prior eſt, quod poſſeſſio eſt facti; quippe detentione conſtans. res autem facti non poteſt jure civili infirmari, ſive infecta fieri. altera ratio eſt: quod jus civile non ſtudet ſubtilitati vanæ atque inani. tantum ſequitur ſimplicitatem publice utilem. in propoſito autem quid attinet dicere, non poſſidere mulierem; cum maritus,

ubi

ubi noluit poſſidere, protinus amiſerit poſſeſſionem. Ut igitur dominium rei ex cauſa donationis traditæ maneat apud virum: at poſſeſſio tranſit ad uxorem. Quæ? naturalis, ipſa vera, eoque pertinens ad interdictum Unde vi: auctore Ulpiano *l.* 1. §. 9. & 10. *D. De vi & vi arm.* an & civilis? Ulpiano non videtur *l.* 3. §. 10. *D. h. t.* his verbis: *Si corpus ſit quod donatur, nec traditio quidquam valet.* Ulpianus loquitur de poſſeſſione civili qua tradita transferri ſolet dominium. huic vero fini negat ſufficere traditionem: Oratione eum inter virum & uxorem prohibente. Ita manifeſte Paulus *l.* 26. *D. d. t.* nec alia cauſa idem *l.* 1. §. 2. *D. Pro donato* Si, inquit, inter virum & uxorem donatio facta ſit, ceſſat uſucapio; etſi mulier poſſideat rem a viro donatam ex Juliani ſententia. Igitur Ulpianus *l.* 16. *D. de adq. poſſeſſ.* ait, eam poſſidere tantum pro poſſeſſore: id eſt, naturaliter, & injuſte: Orationem conſiderantibus: qua hujuſmodi donatio & improbatur, & probibetur. quamquam ſi ad voluntatem donatoris ſpectamus; eo vindicante longe abeſt, ut malæ fidei poſſeſſori peræque comparari debeat. annumeratur certe in *l.* 45. *D. de uſuris* bonæ fidei poſſeſſoribus, rem alienam ſine juſto titulo poſſidentibus; & horum exemplo fructus jure fundi nullos ſuos facit, neque naturales, neque induſtriales: ſed id non obſtat, quo minus hos ex voluntate uxoris adhuc jure donationis ſuos faciat: eo quod accipiens his quidem fit locupletior, ſed donans non fit pauperior: ut ſupra ſub Titulo *De rei vindicatione* latius probavi. Ab eadem ratione putat Paulus *l.* 36. *D. h. t.* Si donatæ res extant, & a marito vindicentur; mulierem poſſe eas, ſi velit, marito reddere: ſi nolit, non cogi. & præfatur: quia cauſam poſſidendi præſtitit donatio, id eſt, voluntas donatoris; ſufficere, æſtimationem juſto pretio fieri. ne quis locum faciat jurijurando in litem: ubi is eſt exitus, ut ipſa non fiat pauperior, nec ille locupletior. Præter hæc vult *d. l.* Paulus, poſſidenti etiam caveri de evictione ſimpli, quanti ea res ſit. quod in cæteris malæ fidei poſſeſſoribus contrarium eſſe, intelligitur ex *l.* 68. *D. de rei vindic. l.* 1. *l.* 8. *D. de in litem jurand. l.* 8. §. 1. *l.* 9. & 10. *D. Rer. amotar.* Poſtremo ita ſcribit Pomponius *l.* 31. §. 2. *D. h. t.* ſine dubio ab eadem cauſa: *Si vir uxori aream donaverit, & uxor in ea inſulam ædificaverit, ea inſula ſine dubio mariti eſt: ſed eam impenſam mulierem ſervaturam placet: nam ſi maritus vindicet inſulam, retentionem impenſæ* (id eſt, impenſæ nomine) *mulierem facturam.* Sic Pomponius: mulierem comparans cum poſſeſſore bonæ fidei: cui retentionem ob impenſas in rem alienam factas, adverſus vindicationem conſtat: cum malæ fidei poſſeſſori, niſi ob impenſas neceſſarias non concedatur *l.* 7. §. 12. *D. de adq. rer. dom. l.* 5. *C. de rei vindic. l.* 1. & 2. *Cod. Gregor. eod. tit. lib.* 3. *tit.* 3.

Expoſito, quantum inſtituto ſufficit, Fragmento prioris capitis quod eſt in *l.* 3. *D. h. t.* age tranſeamus ad poſterius: de quo ita Ulpianus *l.* 32. *d. t.* *Cum hic ſtatus eſſet donationum inter virum & uxorem, quem antea retulimus; Imperator noſter, Antoninus Auguſtus, ante exceſſum Divi Severi, patris ſui, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui cenſendi, Fulvio Æmiliano & Nummio Albino Conſulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore.* Ante quam veniam ad Orationem, notabo, *Juris rigorem* ab Ulpiano hic dici pro juris regula: quam eo verbo etiam alibi deſignari, oſtendi *lib.* 1. *Probabil. c.* 1. & *De uſufructu lib.* 2. *c.* 11. Hoc obiter. Nunc Orationem videamus. ait, *Fas eſſe, eum quidem qui donavit, pœnitere: heredem vero eripere forſitan adverſus voluntatem ſupremam ejus qui donavit, durum & avarum eſſe.* Hanc partem prodit Ulpianus *d. l.* 32. §. 1. adfert & pauca alia Orationis verba §. 9. & §. 14. Apparet autem ex illis, donationem inter virum & uxorem factam, donatoris ſilentio confirmari: *ſi is prior vita deceſſerit.* nec de hoc quiſquam dubitat, traditione a vivo facta. an idem dicendum ſit, ſi tantum ſtipulatione ſit perfecta, non eſt una eruditorum ſententia. cauſam diſcidio unus præbuit Ulpianus: alio loquens ore in *l.* 23. alio in *l.* 32. §. 1. & §. 23. item in *l.* 33. *pr.* & §. *ult. D. h. t.* Pacem multi tentarunt fruſtra. Ipſe vix dubito, quin reducturus ſecum in gratiam ſim Ulpianum, Orationis verbis ab ejus mente & ſententia diſtinctis. Igitur quod ad verba attinet: eſt mihi probabile, his confirmari quidem donationes traditione conſummatas: intra ſtipulationem vero ſubſiſtentes, non æque. ſi vacat, & lubet, vertamus Orationis verba. ajunt, *Fas eſſe, eum qui donavit, pœnitere.* intelligitur autem (quod poſt oſtendam) pœnituiſſe non modo is, qui donationem a ſe factam palam revocat; verum is quoque qui promiſit tradere; ſed dum vixit, non tradidit, quaſi tacita pœnitentia. Deinde putat Oratio, durum atque avarum eſſe, quod donatum ſit, donatario eripi ab herede donatoris forſitan adverſus ejus voluntatem. Eripi porro quid poteſt, niſi ante traditum? Id ſic recte animadvertiſſe Papinianum, mihi perſuadeo, & ab Ulpiano indigitari verbis quæ appoſui ex *d. l.* 23. *Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique ſi ſtipulanti ſpopondiſſet uxori ſuæ, non putabat conveniri poſſe heredem mariti, licet durante voluntate maritus deceſſerit.* Aut omnia me fallunt, aut hic ſermo hæret circa verba Orationis: eaque ſi evolvamus, ait Ulpianus, Papinianum putaſſe & recte, Orationem Divi Severi, quæ fuit communis patris & filii, ut ſupra monui, tantum confirmare rerum donationes, id eſt,

donationes traditione conſummatas: nam de his Orationem loqui dumtaxat: ideoque eas donatario per heredem donatoris vindicatione auferri nulla ratione oportere: ſed aliter eſſe, ſi maritus uxori ſtipulanti aliquid promiſit, nec tradidit: nam talem donationem Oratione non confirmari: quia de ea non eſt locuta: ideoque heredem mariti eo caſu ad rei promiſſæ traditionem ab uxore urgeri actione ex ſtipulatu minime poſſe: licet maritus, non revocata donatione, deceſſerit. Cæterum, quod recte putabat Papinianus ex Orationis verbis, id non putavit Ulpianus obſervandum, conſiderata Orationis mente. contra is, quod erat benignius, ſic accepit Orationem, quaſi minus dicat, & plus ſignificet. quod & alibi evenire, in loco memini. Receſſit igitur a Papiniano Ulpianus: arbitratus, Orationem voluiſſe, donatoris morte confirmari donationes, non modo traditione impletas, quod conveniebat ejus verbis ſtrictius acceptis: ſed univerſas, etſi tantum ſtipulatione perfectas: æquitate in omnibus idem ſuadente. Huc ivit ille *d. l.* 32. §. 1. ſic ſcribens: *Oratio autem Imperatoris noſtri de confirmandis donationibus non ſolum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a viro comparata ſunt: ſed ad omnes donationes inter virum & uxorem factas: ut & ipſo jure res fiant ejus cui donatæ ſunt: & obligatio ſit civilis.* Sic ille: & vere. Tamen, ut certior eſſet hæc ejus ſententia atque evidentior: idem iterat §. 23. *d. l.* Nec quis mihi objiciat, ab Ulpiano hic non agi de promiſſione ſtipulatione facta, qua de præſens lis ſit: ſed de remiſſione per acceptilationem facta; in eaque eſſe ſpeciem quamdam traditionis per brevem manum. id enim etſi nolim inficiari monſtrante ratione, & *l.* 43. §. 1. *D. de jur. dot.* item *l.* 10. *D. de condiction. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* tamen me non conturbat: Ulpiano in fine *d.* §. 23. ſic manifeſte proclamante: *Et generaliter univerſæ donationes quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.* Si recte & vere: (ut fas eſt credi) tam valebunt promiſſiones ex cauſa donationis, quam traditiones: quia non magis hæ, quam illæ, Oratione ſunt prohibitæ. *l.* 3. §. 10. *D. h. t.* Eodem modo diſputat Ulpianus *l.* 33. *pr.* & §. *ult. D. d. t.* priore loco proponitur mulier ſtipulata eſſe annuum: poſteriore dicitur maritus ſimile annuum ſtipulatus. certum Ulpiano eſt, id a neutro poſſe peti, conſtante matrimonio, prohibita inter eos donatione. ſed ſi maritus, manente matrimonio, deceſſerit, jam ait, poſſe dici, id eſt, poſſe defendi, ſine dubio contra Papinianum, ſtipulationem confirmari ex Senatuſconſulto: id eſt, eam donationem, quamvis ſola conſtantem ſtipulatione, ex ſententia Orationis, decreto Senatus approbatæ. Qua ratione? ait, quia in annuo quoque vertitur donatio; ea vero ut prohibeatur priore Orationis ſive Senatuſconſulti capite: donatoris morte & ſilentio ex ſecundo confirmatur. Quod ex Ulpiano dixi de donatione ſtipulatione facta, hoc Juſtinianus Novella 162. *c.* 1. obſervari jubet in donatione nudo pacto facta: in quam ſimilis incidebat dubitatio, non ſequuta traditione: poſtquam ei placuit, donationem poſſe etiam nudo pacto fieri.

Prolixior fuit ſuperior diſputatio: ſed ubi hærebat deprehenſa ſubtilitas; curatius demonſtrandum fuit, donationes qualeſcumque Oratione prohibitas, donatoris morte & ſilentio confirmari. Obtinere autem id demum voluit Oratio, ſi donator prior deceſſerit: nam ſi ei cui donatum ſit, ante mors contigerit, contra voluit Oratio, donationem nullius momenti eſſe. id obſervat Ulpianus *d. l.* 32. §. 14. & traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 18. *C. h. t.* Inde quæſitum, ſi ambo deceſſerint naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicamus? & ſi quidem poſſit apparere, quis ante ſpiritum poſuit; expedita eſt quæſtio: ſin vero non appareat; difficilis eſt. magis autem putat Ulpianus *d. l.* 32. §. 14. donationem valuiſſe; & his ex verbis Orationis defendit, *Si prior vita deceſſerit, qui donatum accepit:* non videtur autem, inquit, prior vita deceſſiſſe, qui donatum accepit, cum ſimul deceſſerint. Proinde ulterius infert, rectiſſime dici, utraſque donationes valere, ſi forte invicem, donationibus factis, ſimul deceſſerint: quia neuter alteri ſupervixerit; licet de commorientibus Oratio non ſenſerit. Sed cum neuter alteri ſupervixerit, donationes mutuæ valebunt. id ulterius ſic probat. nam & circa mortis cauſa donationes mutuas, id erat conſequens dicere, neutri datam condictionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquent.

Morte igitur donatoris firmatur inter conjuges donatio: ſi eum non pœnituerit factæ donationis, conjuge cui donatum ſit, adhuc ſuperſtite. cum autem duplex mors ſit, alia naturalis, alia civilis, ut ſervitus, & deportatio: utram intelligimus? naturalem. ſane, *ſi donator ſervus fuerit effectus privati*; ait Ulpianus *d. l.* 32. §. 6. *dicendum eſſe, non impletam, ſed peremptam donationem: quamvis morti ſervitus comparetur.* Addit: *Proinde & ſi ipſa in ſervitutem redigatur, cui donatum eſt, exſtincta erit donatio.* Illud videamus, quid juris ſit; ſi damnatus ac mortuus ex pœna ſit maritus vel in ſervilem conditionem ex pœnæ qualitate ſit deductus? jure Pandectarum non confirmabatur donatio. idemque erat; ſi maritus uxori donaverit, & mortem ſibi ob ſceleris conſcientiam conſciverit, vel etiam poſt mortem memoria ejus damnata ſit: revocabitur enim (ut Ulpianus refert *d. l.* 32. §. 7.) donatio: quamvis ea quæ aliis donaverit, (extra uxorem) valeant, ſi non mortis cauſa donavit. Et tamen (quod ſubjicitur §. 8.) ſi miles uxori donaverit de caſtren-

ſtrenſibus bonis, & fuerit damnatus, quia permiſſum eſt ei de his teſtari, ſi modo impetravit, ut teſtetur, cum damnaretur, donatio valebit. nam & mortis cauſa donare poterit, cui teſtari permiſſum. Sic Jure Pandectarum: ſed id mutavit Conſtantinus *l.* 24. *C. b. t.* præcipiens, donationes in hujuſmodi caſibus eſſe illibatas: nec alieni criminis infortunio adſtringi uxorem: præfatus, quod paternis, maternisve, ac propriis, bonis frui eam, integro legum ſtatuto religioſum ſit: & donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus in uxorem collata, quia pudicitiæ præmio ceſſit, obſervanda ſit, tamquam ſi maritum ejus natura, non pœna ſubduxerit. Quid, ſi ei aqua & igne erit interdictum, vel deportatio illata, non tamen mors ex pœna ſubſecuta? jam vult Conſtantinus, donationes a viro in uxorem collatas, adhuc in pendente manere: (quia nec matrimonium in hujuſmodi caſibus diſſolvitur) quo modo? ait, ita ut ſi maritus eas uſque ad vitæ ſuæ tempus non revocarit, ex ejus morte confirmentur: fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.

Convaleſcit igitur morte donatoris inter conjuges donatio; ſi ante vita non deceſſit qui donatum accepit. nec tamen vel ſic ſemper, ſed ſi donatorem non pœnituerit donationis: id enim poſtulat Oratio *d. l.* 32. §. 2. *Fas eſſe*, inquiens, *eum quidem qui donaverit pœnitere.* Pœnitentiam autem, inquit Ulpianus, §. 3. *d. l.* 3. accipere debemus ſupremam: id eſt, eam poſt quam alia non eſt. ac proinde ſi uxori donavit maritus, deinde eum pœnituit, mox deſiit pœnitere; dicendum eſſe putat Ulpianus, donationem valere, ut ſupremum ejus ſpectemus judicium: quemadmodum circa fideicommiſſa ſolemus, vel in legatis, cum de doli exceptione oppoſita tractamus, ut ſit ambulatoria voluntas ejus uſque ad vitæ ſupremum exitum. Sed ubi donatorem ſemel pœnituit, revocandi poteſtatem etiam heredi tribuimus; ſi appareat, defunctum evidenter revocaſſe voluntatem. quod ſi in obſcuro ſit, proclivior eſſe debet Judex ad comprobandam donationem. §. 4. *d. l.* Poteſt autem evidenter revocata videri voluntas, non modo palam verbis, ſed tacite quoque rebus & factis: ſi modo vel ex illis voluntas conjiciatur. poteſt enim ſic, ut in quæſtione facti, multiplex incidere deliberatio. Ita in §. 5. *d. l.* Si maritus ea quæ donaverit, pignori dederit: ait Ulpianus, utique eum pœnituiſſe, licet dominium retinuit. Quid tamen, ſi hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? contra ait, donationem valere: & eſſe talem caſum, ſi fingamus, mulierem in poſſeſſionem precariam remanſiſſe, paratamque eſſe ſatisfacere creditori. id ulterius ſic confirmat. nam ſi ab initio [ei] rem obligatam hoc animo donaſſet, dicerem, vim habere donationem, ut parata ſatisfacere mulier haberet doli exceptionem. quinimo & ſi ſatisfeciſſet, potuiſſe eam per doli exceptionem conſequi, ut ſibi mandentur actiones. Superiori exemplo addam aliud, non minus aptum ex §. 10. *d. l.* 32. Ecce: divortium poſt donationem interceſſit. mortuus deinde eſt donator; aut qui donum accepit, prior deceſſit. quid dicimus? Ulpianus, *Veteri*, inquit, *juri ſtatur.* id vero ſic interpretor, quaſi dicat, veteri juri ſtari poteſt. primum, quia ſimiliter locutos alibi fuiſſe Veteres in *l.* 41. *D. de pign. act. & l.* 13. *§. ult. D. de his qui not. infam.* notavi ſupra ad eum *Tit.* & *lib. ſing. De form. emendand. dol. mal. c.* 12. Deinde convenit ea interpretatio ſequentibus Ulpiani verbis alium ſenſum non admittentibus in *d.* §. 10. *Hoc eſt, ſi maritus uxori donatum vult, valeat donatio. quod ſi non vult, exſtinguitur. plerique enim cum bona gratia diſcedunt, plerique cum ira ſui animi & offenſa.* Senſus eſt: ſi poſt donationem a marito factam, ſecutum eſt divortium, aut prior deceſſerit maritus: poteſt fieri; ut donatio donatoris morte confirmata, etiam ut revocata intelligatur: eſt enim facti quæſtio. in qua refert, utrum bona gratia factum ſit divortium; an cum ira animi & offenſa, id eſt, per indignationem. hoc caſu non præſumitur perſeveraſſe voluntas: illo contra. Quid ergo, ſi divortium factum eſt, deinde matrimonium reſtauratur, & in divortio vel mutata eſt voluntas, vel eadem duravit, reſtaurato tamen matrimonio, & voluntate donatoris reconciliata: an donatio duret? hæc quæſtio tractatur *d. l.* 32. §. 11. & ait Ulpianus, defendi poſſe valere *d. l.* 32. §. 11. quid, ſi non divortium interceſſerit, ſed fribuſculum. Iſidorus *lib.* 9. *c.* 8. Fribolum, inquit, eſt, cum eo animo ſeparantur, ut rurſum ad ſe invicem revertantur. Papinianus *l.* 31. *D. de jur. dot.* jurgium vocat, idemque ſimiliter diſtinguit a divortio. quid ergo, ſi non divortium interceſſerit, ſed fribuſculum: an valebit donatio ſecuta morte donatoris? Ulpianus profecto, inquit, valebit, ſi fribuſculum quievit *d. l.* 32. §. 12. Videamus, ſi mulier & maritus diu ſeorſum habitaverint, ſed invicem habuerint honorem matrimonii. quod eſſe interdum & inter Conſulares perſonas ſubſecutum, conſtat. Duplex quæſtio eſt: una, an vivo donatore ſubſtiterit donatio inter eos facta: altera, an ex poſtfacto convaleſcat, ſi donator prior deceſſerit? prius negat Ulpianus: præfatus, quod duraverunt nuptiæ; ac manſerunt vir & uxor, durante maritali affectione; etſi interim non coiërint corpore. poſterius affirmat nulla addita ratione: ſed mihi viſum eſt, benigne præſumpſiſſe Ulpianum, perſeverante honore & affectione maritali etiam donandi voluntatem perſeveraſſe *d. l.* 32. §. 13.

Hactenus dixi de viro & uxore. Sed Oratio (quod in *d. l.* 32. §. 16. obſervat Ulpianus) non ſolum illos complectitur, ſed etiam

cæ-

cæteros qui propter matrimonium donare prohibentur: ut puta, ſocer donat nurui, vel contra; vel ſocer genero vel contra; vel conſocer conſocero qui copulatos matrimonio in poteſtate habent: nam ex mente Orationis his quoque omnibus permiſſum eſſe in eundem caſum donare, Ulpianus ait, & ita Papinianum ſenſiſſe: ſic enim ſcribere; Socer nurui vel genero donavit: poſtea filius ejus vel filia, conſtante matrimonio, vita deceſſit. quanquam vitium donationis perſeveret, tamen ſi ſocer nullam quæſtionem donationibus intulit, poſt mortem ejus contra heredes Orationis ſententia videtur intervenire. nam quæ ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum imploravit. Ut igitur valeat donatio iſta, ait Ulpianus, Papinianum exigere, ut & filius ejus qui donavit, ante deceſſerit, & ſocer poſtea, durante voluntate.

Inde quæritur in *d. l.* 32. §. 18. *& ſeqq.* quid juris ſit, ſi nurus ſocero donaverit? primum ait Ulpianus, quod eſt conſequens Orationi, mortem nurus & perſeverantem in ſupremam diem voluntatem ejus ſpectare nos oportere. deinde hinc infert, ſi ſocer deceſſerit ante nurum, extinctam donationem eſſe, quaſi Oratione non confirmatam. Illud difficilius Ulpiano accidit, quid dicamus, ſi ſocero mortuo, maritus uxori ſupervixiſſe dicatur. quærit enim; an, quia maritus vixit poſt uxorem, admittamus, donationem vim habere? cauſa dubitandi, quod finita eſt donatio ſocero a nuru facta, poſtquam eſt mortuus ſocer, licet ei ſupervixit maritus. nec repugno, ſi ad rigorem Orationis deflectamus. Sed hunc infringit Ulpianus: arbitratus, ſi quidem maritus ſolus ſocero heres extitit, poſſe defendi, quaſi morte ſoceri finita quidem ſit vetus donatio ei a nuru facta: ſed ea, ſi revocata non eſt, marito poſſit ſervari tamquam nova, in eum ab uxore denuo collata. Ita Ulpianus, ſi quidem filius patri ſolus heres ſit. at ſi non ſit: magis putat, finitam eſſe donationem; & nova ratione. ſic loquitur: eam vero, mea opinione non ad poſteriorem iſtius diſtinctioois partem; ſed ad utramque referri oportet. Ita putemus, nova illa ratione obtineri: ut ſi filius ſolus ſit patri heres; intelligatur conſequens eſſe conjugali affectui, voluiſſe mulierem, donationem ſocero factam, eo mortuo apud maritum remanere: ſin exraneus ſocero ſit heres, quaſi deficiente cauſa talis affectionis, ad ſe reverti. Hoc in §. 18. Ulpianus. Porro in §. 19. ſilere noluit, ſi ſocer, accepta a nuru donatione, ei nuncium miſerit mariti nomine, etiam ſic irritam fieri donationem, quaſi ex cauſa miſſi nuncii nurus pœnitentia revocatam. Aliquis dicat, matrimonium concordantibus viro & uxore, ut ut maxime diremptum velit pater, nihilominus comprobatum eſſe, id eſt, ſubſiſtere Reſcripto Imperatoris Antonini & D. Patris ejus, ut demonſtrabo alibi. & hoc fatetur Ulpianus; quatenus ad virum & uxorem attiner. ſed quod ad ipſos inter quos donatio facta eſt, finitum, inquit, eſt matrimonium, & quidem per indignationem: ut merito revocata inter eos habeatur donatio: quamvis matrimonium inter virum & uxorem retineatur eorum conſenſu. Sic cenſeo, & emendationem quam tentat Jacobus Cujacius *lib.* 25. *Obſerv. c.* 9. parum eſſe neceſſariam.

Satis de Oratione qua donatio inter virum & uxorem morte donatoris confirmatur: niſi illum pœnituerit donationis; aut perſona cui donatum ſit, ante donatorem deceſſerit. Saltem addam, Juſtinianum præter hæc noviter conſtituiſſe *l.* 25. *C. h. t.* hanc donationem, ſi excedat ſummam quingentorum ſolidorum, tum demum convaleſcere donatoris morte & ſilentio, ſi actis ſit inſinuata, aut alioquin teſtamento donatoris confirmata.

TITULUS II.

De divortiis & repudiis.

Expoſitis modis quibus contrahatur matrimonium, tempeſtivum eſt cogitare, quibus ſolvatur. Duos enumerat Quintilianus *Declam.* 347. *Matrimonium*, inquiens, *duobus generibus ſolvitur, aut repudio aut morte alterius.* Plures adducit Paulus *l.* 1. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente ſervitute utrius eorum.* Sed nulla pugna erit: ſi putemus, a Quintiliano ſub morte etiam ſervitutem, ſive captivitate, ſive aliter contingat, contineri. nam & deportatio eo verbo comprehendi poteſt. *l.* 63. §. 10. *D. Pro ſocio.* primum ſolvitur matrimonium morte:. & ſit inde marito, mortua uxore, ſtatim jus tranſire ad ſecundas nuptias. Similiter licet uxori, mortuo marito, alii nubere: non tamen ſtatim, ſed demum poſt annum luctus. alioquin infamis eſt: ut ſupra traditum ſub Titulo *De his qui notant. infam.* ſunt & aliæ pœnæ *l.* 1. *C. de ſecund. nupt.* quæ poſſunt ibi videri. poſt annum luctus integra etiam mulieri eſt libertas ad ſecunda vota venire. tantum, ſi ſuperſtites ei ex priore viro ſint liberi, eſt officium legis, providere; ne his noceatur odio, avaritia, ſtultitiave novorum conjugum. ſæpe id evenire, experiundo compertum eſt: eoque plenam æquitatis eſſe hanc cautionem, negari nequit. exempla ſunt nota ex *l.* 3. *& ſeqq. C. de ſecund. nupt.*

Altera cauſa ſolvendi matrimonii Paulo eſt captivitas *d. l.* 1. ita nil mirum, Tryphonino

l. 12.

l. 12. §. 4. *D. de captiv.* captivi uxorem, tametſi maxime velit, & in domo ejus ſit, non tamen videri in matrimonio eſſe. quin puto, etiam fuiſſe ei jus nubendi alii. atque in hanc ſententiam me ducit Ulpianus *l.* 45. §. *ult. D. de rit. nupt.* qui ſecutus auctoritatem Juliani ait, in perſona libertæ eſſe jure ſingulari receptum; ne ipſa, patrono capto, haberet connubium. Verba Ulpiani in omnibus editionibus corrupta circumferuntur: ſed ea emendavi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 6. nec dubito, quin vere. Atqui *l.* 6. *D. h. t.* quæ ipſius Juliani eſt, generaliter ait, uxores eorum qui in hoſtium poteſtatem pervenerunt, quamdiu certum eſt, maritum vivere, videri nuptarum locum retinere; nec poſſe migrare ad aliud matrimonium; niſi ipſæ malint cauſam repudii præſtare: quod ſi in incerto eſt, an vivus apud hoſtes teneatur, vel morte præventus, tunc ſi quinquennium a tempore captivitatis exceſſerit, licentiam habere mulierem ad alias migrare nuptias. Sed putemus, numquam fuiſſe Juliani ſententiam: quam hodie indicant *d. l.* 6. verba: ſed eſſe Juſtiniani ex *Novell.* 22. *c.* 7. inflexa a Triboniano. prorſus ita eſt: quod Julianus dixerat ſingulare eſſe in liberta, id a Triboniano generaliter traditur de omnibus mulieribus. Ac ſimile evenit Paulo in *l.* 8. *D. de captivis:* in qua adjecta a Triboniano ex *eadem Novella* ſunt verba, *poſt conſtitutum tempus.* quod eſt quinquennii in *d. c.* 7. & inde quoque in *d. l.* 6.

Tertia cauſa ſolvendi matrimonii eſt ſervitus alterutri conjugi ob aliam cauſam, quam captivitatem obveniens *d. l.* 1. *h. t.* fac: libertus a patrono in ſervitutem revocatur tamquam ingratus. fac: ſervus pœnæ efficitur atrocitate ſententiæ §. 1. *Inſt. de cap. minut.* ſed ſervitute pœnæ novo jure ſublata, hodie matrimonium hac dirimi deſiit *l.* 24. & *Auth. Sed hodie C. de don. int. vir. & uxor.* Servituti jungamus deportationem. nam & hæc tollit civilem libertatem: ſicut ſervitus tollit naturalem. nuptiæ autem juſtæ tantum contrahuntur inter cives Romanos: inter cives & peregrinos non æque: quia inter eos non eſt jus connubii: ut demonſtravi ſub Titulo *De ritu nuptiarum.* Tolluntur igitur juſtæ nuptiæ deportatione, ſicut tolluntur ſervitute. ita ſine dubio exponendus Paulus *l.* 56. *D. Solut. matrim.* alia ratione exponi nequit. eſt autem ita jus: niſi mulier poſt viri deportationem retineat animum uxoris: ut obſervatur in matrimonio quod eſt contractum jure gentium: cujus capax eſt deportatus *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis. l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Non longe petam argumenta. Sic palam Conſtantinus *l.* 24. *C. de donat. int. vir. & ux.* & ante Ulpianus *l.* 5. §. 1. *D. de bon. damn.* optima ratione, (quæ & Alexandro placet *l.* 1. *C. h. t.*) ea ratio eſt: quod cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, & virum mariti affectionem, & mulierem uxoris animum, retinere.

Quarta cauſa ſolvendi matrimonii eſt divortium: dictum (ut in *l.* 2. *h. t.* ait Gajus) vel a diverſitate mentium, vel quia in diverſas partes eunt qui diſtrahunt matrimonium. id divortium alias vocatur repudium: quamquam accurate loquentibus, inter utrumque eſt differentia; forte obſervata in Rubrica, *De divortiis & repudiis.* ea differentia eſt; quod divortium inter virum & uxorem fieri dicitur; repudium vero ſponſæ remitti videtur: quod & in perſonam uxoris non abſurde cadit *l.* 101. *D. de verb. ſignif.* non recte autem ſponſa divortiſſe dicitur *l.* 191. *D. eod. tit.* Poteſt porro divortium definiri, legitima viri & mulieris ſeparatio, facta hoc animo; ut numquam redintegretur matrimonium. Ea definitio intelligitur his Pauli verbis *l.* 3. *D. h. t. Divortium non eſt, niſi verum, quod animo perpetuam conſtituendi diſſenſionem fit.* Niſi legendum, quod quoſdam malle, ait Albericus Gentilis *lib.* 6. *De nuptiis c.* 1. *Divortium verum non eſt.* Sed aſſentior exiſtimanti, eos errare; nec eſſe Jure Civili divortium, niſi verum: ut optime Paulus *d. l.* 3. ſervata communi lectione: quam & confirmant Imperatores *l.* 3. *C. h. t.* Scio; Juris Canonici Interpretes, quos inter Didacus Couvarruvias *tom.* 1. *p.* 2. *c.* 7. §. 4. *De divert. & matrim. diſſol. p.* 191. duplex fingunt divortium: unum ſeparat conjugum conſuetudinem: id eſt, ut ajunt, thorum & menſam ſub perpetua ſpe conciliationis: alterum abrumpit matrimonii vinculum. Sed hæc diſtinctio Veteribus Jureconſultis eſt incognita. æſtimant illi nuptias individua conſuetudine: divortium perpetua diſſenſione. & (quod obſervat Gentilis) paſſim dicunt, matrimonium divortio dirimi, diſtrahi, diſſolvi *l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. *l. ult. D.* & *l.* 8. *C. h. t.* Ipſe addam, hoc adeo verum eſſe, ut lege Papia Poppæa conjuges, facto divortio, non modo non jubeantur abſtinere a ſecundis nuptiis: verum e contrario cogantur, alias contrahere. Id annotavit Juſtus Lipſius, ad Tacitum *lib.* 3. *Annal. Excurſ. lit. C. p.* 514. Et in jure exemplum iterati poſt divortium matrimonii *l.* 64. *D. de don. int. vir. & uxor.* Etiam apud Juvenalem *Satir.* 6. *verſ.* 146. eſt,

— — — *Exi Ocyus, & properâ: ſicco venit altera naſo.*

Similiter Apulejus *lib.* 5. *Metamorph.* in fabula de divortio Cupidinis & Pſyches. *Tu quidem*, inquit, *ob iſtud tam dirum facinus confeſtim thoro meo diverte, tibique res tuas habeto. ego vero ſororem tuam & nomen quo tu cenſeris ajebat, jam mihi confarreatis nuptiis conjugabo. & ſtatim Zephyro præcipit, ultra terminos me domus ejus afflaret.* Mitto hæc: audi Senecam *lib.* 3. *De benefic. c.* 16. *Numquid jam ulla repudio erubeſcit, poſtquam illuſtres quædam ac nobiles fœminæ, non Conſulum numero,*

mero, ſed maritorum annos ſuos computant, & exeunt matrimonii cauſa, nubunt repudii. Aliquis dicat interdum ſecubuiſſe aut ſeparatim habitaſſe conjuges etiam illuſtres. Non ignoro, imo ſcio, Suetonium de Tiberio ſic ſcribere *in ejus vita c.* 8. *Cum Julia primo concorditer & amore mutuo vixit: mox diſſedit & aliquanto gravius, ut etiam perpetuo ſecubaret, intercepto communis filii pignore.* Verum hoc cum fieret, non idcirco repudium aut divortium dicebatur, ſed friguſculum, & nihilominus ratus erat maritalis affectus & honor matrimonii. Huic rei argumentum: quod Suetonius Juliæ repudium demum ex auctoritate Auguſti remiſſum deinde eſſe, memorat *c.* 11. Simile in *Nerone c.* 35. *Octaviæ conſuetudinem cito aſpernatus, corripientibus amicis, ſufficere illi debere reſpondit uxoria ornamenta. Eamdem mox ſæpe fruſtra ſtrangulare meditatus dimiſit ut ſterilem.* Sic Suetonius; & conſentientem habet Ulpianum *l.* 32. §. 12. & 13. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Interim non inficior, fuiſſe aliquando, ubi divortium intervenit; nec ob id diremptum fuit matrimonium. incurrit talis caſus *l. unic. D. Unde vir. & uxor.* in liberta quæ divortit ab invito patrono. quo in caſu non obſervato modo quem in divortiis obſervari oportet, non habetur divortium: utique favore patroni, non conſentientis: quamquam habeatur in pœnam libertæ lege prohibente agentis, ut matrimonium ſolveret. hac ratione negat *d. l.* Ulpianus illi eſſe ſucceſſionem ex Edicto Unde vir & uxor; etſi non habeat jus connubii cum alio: & in *l.* 11. *D. h. t.* negat, eam, ut ut ſolutum ſit matrimonium, habere de dote actionem: quaſi adhuc nupta eſſe videatur *l. pen. D. Ad Leg. Jul. de adult.* Simile quid in *l.* 32. §. 19. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Sed de hoc loco dictum ſub eo Titulo.

Nunc attingam modum in divortiis obſervandum. aliquem fuiſſe ab Auguſto poſitum, indicat Suetonius *in ejus vita. c.* 34. eumque eſſe traditum Lege Julia de adulteriis, auctor eſt Ulpianus *d. l. unic.* §. 1. & confirmat Paulus Inſcriptione *l.* 9. *D. h. t.* quamquam hunc forte attigerit quoque Lex Julia & Papia: ut in *Notis ad caput* xx. *Leg. Jul. & Pap. De marit. ordin. p.* 334. *& ſeq.* obſervavit ex *l.* 11. *D. h. t.* Jacobus Gothofredus. Sed qualiſcumque fuerit illa Lex; deſiderat inter alia libellum repudii. hunc enim mitti oportere, conſtat ex *l.* 7. *D. h. t.* ac fuerunt, quod ex Gajo intelligitur, recepta in eo ſolemnia verba, Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito. illa in divortio: in ſponſalibus iſta, Conditione tua non utor *l.* 2. §. 1. & 2. *D. h. t.* Debuit porro is libellus mitti, adhibitis ſeptem teſtibus civibus Romanis puberibus, præter libertum ejus qui erat divortium facturus: ſive ab ipſo eſſet manumiſſus, ſive a patre, avo, proavo, & cæteris ſurſum verſum. Hoc modo divortium fieri oportere, & nullum aliter ratum eſſe, obſervat Paulus *l.* 9. *D. h. t.* nec omittendum eſſe, putavit Gajus *l.* 2. §. 3. *D. h. t.* nihil intereſſe, utrum ipſi præſenti renuncietur, an abſenti per eum qui in poteſtate ejus ſit, cujuſve is, cave ſit in poteſtate. Ita Phæbo cuidam non male reſcriptum a Diocletiano & Maximiano *l.* 6. *C. d. t. Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, diſſolvitur matrimonium.* Videlicet, quia ſufficit, conteſtationem de ſolvendo per divortium matrimonio eſſe factam coram teſtibus de quibus dixi, & inde libellum repudii per libertum eſſe miſſum ad domum conjugis.

Poſtremo debuiſſe divortium etiam in acta publica referri, annotavit Juſtus Lipſius ad Tacitum *lib.* 5. *Annal. Excurſ. Lit. A.* & juſſu Caligulæ factum hoc eſſe, memorat Suetonius *in ejus vita c.* 36.

Quod attinet ad perſonas a quibus mittantur repudia: cautum fuit Lege Julia de maritandis ordinibus (ut eſt apud Ulpianum *l. unic. D. Unde vir & uxor*) ne divortii faciendi cauſa libertæ ſit poteſtas a patrono invito diſcedere: & ſi contra faciat, ne ſit ei jus connubii cum alio: modo patronus & uxorem eſſe, velit, & patronus duret: nam ſi aut patronus eſſe, aut velle, deſierit; finita eſt Legis auctoritas *l.* 11. *pr.* & §. 1. *D. h. t. d. l. unic.* §. 1. plane, ſi ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa ſit liberta: tunc poteſt ab eo diſcedere, licet ejus liberta ſit *l.* 10. *D. h. t.* Mitto libertam: ſimul Legem Juliam expoſitam plene a Barnaba Briſſonio *De jure connubiorum pag.* 161. *& ſeqq.*

De parentibus videamus; & primum de matre: de hac Piſoni cuidam ſic reſcribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 4. *C. h. t.* Filiæ divortium in poteſtate matris non eſt. Idem in *l.* 5. affirmant illi Principes de patre, ſi filia ſit emancipata: nam eum ne hujus quidem divortium in poteſtate ſua habere. Quid, ſi liberi ſint in ejus poteſtate? Jam divortii arbitrium patris jure civili eſſe, negari nequit, quamvis ignorantibus aut invitis liberis. exemplum tale apud Suetonium, *Tiberio c.* 11. *Comperit deinde Juliam uxorem ob libidines atque adulteria damnatam, repudiumque ei ſuo nomine, ex auctoritate Auguſti, remiſſam: & quamquam lætus animo, tamen officii duxit, quantum in ſe eſſet, exorare filiæ patrem frequentibus literis, & vel utcumque meritæ, quidquid umquam dono dediſſet, concedere.* In hoc exemplo patri fuit cauſa, cur diſſolutum vellet matrimonium. Sed quid, ſi nulla eſſet, matrimonio forte concordante & liberis ſubnixo? adhuc potuit hoc, quantumvis ejus voluntate contractum, jure patriæ poteſtatis diſſolvere. Duram rem & iniquam narro. veriſſimam tamen fuiſſe, teſtantur ex Comicis adductæ a Cujacio *ad Nov.* 22. querelæ filiarum, ſe ab optimis & concordanti-

bus

bus maritis ſine cauſa avelli ſola ſpurcitia, id eſt, crudelitate, patrum quorum in poteſtate ſint. His exemplis addam ego ſequens ex Apuleji *Apologia p.* 308. *Ni ita faciat, injicit ſcrupulum amanti adoleſcentulo veterator, minatur ſe filiam abducturum.* Duravit porro is rigor patriæ poteſtatis uſque ad D. Pium: qui primus ei injecit modum; vetans (quod nos docet Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 6. §. 15.) matrimonium bene concordans a patre ſeparari. Sed huic temperamento non ceſſere prævalidi mores. igitur quod inchoavit D. Pius, abſolvit D. Marcus. Meminere Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. h. t.* Schyroni cuidam ita reſcribentes: *Diſſentientis patris qui initio conſenſit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem Divus Marcus pater noſter, religioſiſſimus Imperator conſtituit: niſi magna & juſta cauſa interveniente hoc pater fecerit. Invitam autem ad maritum redire, nulla juris præcipit conſtitutio. Emancipatæ vero filiæ pater divortium in poteſtate non habet.* Huic Reſcripto Diocletiani & Maximiani ſi jungatur Juſtiniani *Novella* 22. *c.* 19. (nam eo reſpicit) nimis apparet, in primis D. Marco deberi: quod obtinuit, ne pater, volens matrimonium ſuæ filiæ, prætextu patriæ poteſtatis turbare, audiatur, niſi juſta & probabili ex cauſa, cur faciat: etſi jure civili poſſet vel ſine cauſa facere ſola ſpurcitia; ut Afranius ait apud Nonium *c.* 4. *in verbo, Spurcum.* Mea opinione, huc quoque intendit Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. de liber. exhib. Certo,* inquiens, *jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis turbentur.* Ante D. Marcum erat adhuc incertum hoc juris temperamentum, non peræque recepta D. Pii Conſtitutione. ſed poſt Conſtitutionem D. Marci ait Ulpianus, certo jam jure nos uti, non eſſe indulgendum patri, volenti bene concordantia matrimonia turbare, prætextu patriæ poteſtatis: cum præſertim etiam ſic reſcripſerint Severus & Antoninus *l.* 32. §. 19. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Subjicit Ulpianus *d. l.* 1. §. *ult.* pulchre ac commode: *Quod tamen ſic erit adhibendum, ut patri perſuadeatur, ne acerbe patriam poteſtatem exerceat.* Ulpianus hac parte indigitat, D. Marcum pro ſua humanitate voluiſſe, rigorem juris inflecti non directo, ſed adhibito ſchemate perſuaſionis: quo potius ſponte, quam coactus, videretur pater deſiſtere de ſuo jure: quod alioquin legibus poterat etiam acerbe exercere. Hunc morem D. Marci, mollientis veterem rigorem in præſente ſpecie, & alias, indicavi jam *lib.* 1. *De uſufruct. c.* 8. *ad fin.*

Cæterum præteriri non oportet, inquiri facto divortio ſolere, eſſetne juſta ex cauſa, an ſine juſta cauſa factum. ac ſi nulla liqueret cauſa; locum fuiſſe pœnis injuſti repudii. has attingit Paulus *l.* 8. *D. de captivis.* enumerat Ulpianus *tit.* 6. §. 12. verbis ſequentibus: *Morum nomine graviorum quidem ſexta retinetur: leviorum autem octava. graviores mores ſunt adulteria tantum, leviores autem reliqui. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote quæ annua, bima, trima die reddi debet, ita. propter majores mores præſentem dotem reddit: propter minores ſenum menſum die. in ea autem quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur. quod repræſentatio facit.*

Hæ pœnæ petebantur judicio de moribus. ſic vocatur in *Rubrica C. h. t.* Quintiliano *lib.* 4. *Inſtit. orat. c.* 2. item *lib.* 7. *c.* 3. & 4. dicitur actio malæ tractationis. ejus veſtigia extant in *l.* 5. *D. de pact. dotalib. l.* 15. §. 1. *l.* 39. *l.* 47. *D. Solut. matrim.* Solet vero alter hac actione alterius mores accuſare: divortii culpam a ſe avertens. exitus erat nocentis condemnatio ad præſtandam innocenti pœnam. quod ſi uterque videretur repudii cauſam dediſſe: ait Papinianus *l.* 39. *D. Solut. matrim.* vel hoc ſolitum pronunciari; itaque accipi debere: ut ea lege quam ambo contempſerunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua penſatione tolli. ſed hoc expoſui ſupra ſub Titulo, *De compenſationibus.* Quæ dixi, obtinuere uſque ad Principatum Conſtantini: qui in *l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* primus divortii cauſas ex incertis atque arbitrariis, quales omnes erant, fecit certas & definitas: rejectis aliquot levioribus: quales erant, ſi mulier marito repudium mittat ebrioſo aut aleatori aut mulierculario. ſolum juſſit inquiri, an homicidam, vel medicamentarium, id eſt, veneficum, vel ſepulchrorum diſſolutorem, maritum ſuum eſſe probaverit. & ſi ob alia crimina præter hæc tria, marito miſerit repudium; vult, eam uſque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, & in inſulam deportari. Similiter vetat, maritos per quaſcumque occaſiones uxores dimittere. tantum hæc tria admittit crimina: ſi ſit mœcha, vel medicamentaria, vel conciliatrix, id eſt lena: & ſi ab his liberam ejecerit; juſſit, eum omnem dotem illi reſtituere, & aliam non ducere. quod ſi contra fecerit; dat priori conjugi facultatem ejus domum invadere, & omnem dotem poſterioris uxoris ad ſemetipſam transferre pro injuria ſibi illata. Hanc Conſtantini Legem, procedente tempore, excepit Conſtitutio Honorii, Theodoſii, & Conſtantii *l.* 2. *Cod. Theod. d. t.* quæ poteſt videri: plura enim habet, quam ut ejus ſumma hic inſeri poſſit. Potius dicam: quod a ſuperioribus poſtea receſſere Theodoſius & Valentinianus *l.* 8. *C. h. t.* poſitis novis cauſis, & novis pœnis. cauſas a parte mulieris ſignarunt in §. 2. & a parte mariti in §. 3. quibus in *l.* 10. Juſtinianus unam adjecit a parte mulieris: & a parte mariti tres in *l.* 11. §. 2. quamvis poſtea omnes contraxit, abſciſſis, ut ait, nonnullis quæ ad ſolvendas nuptias indignæ videbantur *Novell.*

Digitized by Google

117. *c.* 8. *&* 9. Quod attinet ad pœnas novas: Theodoſius & Valentinianus *d. l.* 8. §. 4. has ponunt mulieri; ut ipſa dans divortio cauſam, amittat dotem & donationem propter nuptias; ac ne alteri nubat intra quinquennium ſub pœna infamiæ, ſi contra faciat. viro autem, ſi ejus culpa arguatur, in §. 5. eamdem ponunt pœnam: præterquam quod huic relinquunt jus, ſtatim alteram ducere uxorem. Sic quidem illi. At Juſtinianus *d. l.* 11. addidit; ut, ſi neque dos eſſet, neque donatio propter nuptias; tum is qui cauſam divortio præbuiſſet, alteri perſolveret quartam bonorum partem; modo ne egrediatur ultra centum auri libras. quamquam vel hoc rurſus ab eo mutatum jure poſteriore: mira inconſtantia: quam licet animadvertere *Novell.* 22. *c.* 15. §. 3. *& c.* 16. item *Novell.* 117. *c.* 13. *& Novell.* 134. *c.* 11.

Repudii pœnis & cauſis ita definitis, deinceps ſupervacuum erat judicium de moribus, ideoque ut parum frequentabatur, ita ſublatum a Juſtiniano *d. l.* 11. *in fin. C. h. t. & l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

Præter divortium ex indignatione de quo egi hactenus, fuit aliud quod dicebatur fieri bona gratia. cum enim conſenſu contraheretur matrimonium, non putabatur eſſe a ratione alienum, id contrario conſenſu ſolvi; ſi non commode poſſet retineri. Utriuſque divortii meminit Ulpianus *l.* 32. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* his verbis: *Plerique enim cum bona gratia diſcedunt. plerique cum ira ſui animi & offenſa.* At non ut in divortio per indignationem, ita in divortio quod bona gratia fit, neceſſaria fuit allegatio juſtæ cauſæ: contra ſuffecit conſenſus conjugum a matrimonio diſcedentium. quamquam licuit volentibus cauſam allegare aliquam: uti propter ſacerdotium, vel ſterilitatem, vel ſenectutem, aut valetudinem, aut militiam. hæ enumerantur in *l.* 60. §. 1. *l.* 61. *& l.* 62. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ac ne omnium dem exempla: petam ſacerdotio aliquod a Tertulliano *lib.* 6. *De monogamia c. ult.* Verba Tertulliani: *Cereris ſacerdotes viventibus etiam viris & conſentientibus, amica ſeparatione viduantur.* Quod vero propter militiam bona gratia fieret divortium, ejus forte hæc erat ratio: quod militibus ex diſciplina militari adhuc non licebat uxores jure Pandectarum habere: ut ſuo more erudite ad præſentem locum tradit Vir Cl. Juſtus Lipſius, ad Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 16. *n.* 79.

Sic tenes jus quod fuit uſque ad Principatum Theodoſii & Valentiniani. ſed ab his mutatum *l.* 8. *C. h. t.* abrogato in favorem liberorum divortio bona gratia, id eſt, mutuo conſenſu fieri ſolito. altera divortii ſpecies, quod fiebat miſſo repudio, ſive per indignationem, adhuc permiſſum: quamquam non ſine cauſa, atque ipſa demum certa & definita *d. l.* 8. §. 1. *& ſeqq.* Sed divortium communi conſenſu viri & mulieris factum quo nulla continetur cauſa ex his quas in *d. l.* 8. poſuerunt Theodoſius & Valentinianus, deinde approbatum rurſus ab Anaſtaſio *l.* 9. *& ſeq.* Juſtinianus tamen id indulſit tantum ex certis cauſis *Novell.* 22. *c.* 4. *& ſeqq.* idem, rurſus, præterquam ob caſtitatem, improbans *Novell.* 117. *c.* 10. & penitus *Novell.* 134. *c.* 11. Juſtinus vero Juſtiniani ex ſorore nepos id reduxit *Novell.* 140.

Satis de divortiis & repudiis ex forenſi uſu. De Chriſtiana religione quæritur: an debuerit hunc Titulum a republica amovere, reverentia præceptorum Domini apud Matthæum *c.* 19. & Marcum *c.* 10. quibus poſſit, Judice Eccleſia, prohibitum videri divortium quod ſolvat matrimonii vinculum. Sed jam olim ſedit V. Cl. Andreæ Alciato *lib.* 6. *Parerg. c.* 20. defendere Juſtinianum: quod dicit, Eccleſiam illo tempore & aliquanto poſtea putaſſe, divortia verbis Euangelii non prohiberi, dum fiant juſta ex cauſa; etſi in Euangelio dicatur, quod Deus conjunxit, homo ne ſeparet: nam ab hominibus juſta ex cauſa factum, a Deo fieri intelligi *c. quos Deus* 33. *q.* 1. Sic Alciatus, & veriſſime. Cæterum, quæ ſit talis juſta cauſa, adulterii ſola, an etiam qualiſcumque alia æque gravis; non eſt una Eruditorum ſententia. tu, ſi ſapis, vide ſis Viros Eximios, Johannem Seldenum *uxor. Hebraic. lib.* 3. *c.* 22. *& ſeqq.* Hugonem Grotium Notis *ad Matthæum c.* 5. §. 32. & Johannem Barbeyracum *Notis Gallicis ad Opus De jure belli & pacis lib.* 2. *c.* 5. §. 9. *pag.* 283. *& ſeqq.*

TITULUS III.

Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.

In Actione rei uxoriæ per quam hoc Titulo fit dotis repetitio, primum quæritur, quando ea repetatur: deinde per quem: tum a quo: poſt quarum rerum fiat repetitio: denique quando ceſſet, aut minuatur. Primam deliberationem expedit Rubrica, *Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.* Indicat ea, dotem repeti ſoluto matrimonio. & recte: nam eo conſtante tantum abeſt, ut poſſit repeti: ut ne ultro quidem ſolvi poſſit: ſolutione habitura ſpeciem donationis inter conjuges vetitæ *l. unic. C. Si dos conſtante matrimon. ſol. fuer.* Non tamen eſt hoc ſine exceptione. Paulus certe *l.* 37. §. 1. *D. de jur. dot.* ſic ſcribit: Manente matrimonio, non perdituræ uxori ob has cauſas dos reddi poteſt: ut ſe ſuoſque alat; ut fundum idoneum emat; ut in exilium, ut in

insu-

Digitized by Google

inſulam relegato parenti præſtet alimonia; aut ut egentem virum, fratrem, ſororemve ſuſtineat. præter has cauſas eſt & alia apud Scævolam *l. ult. D. eod. tit.* Dotis igitur repetitio ſolutioque regulariter fit ſoluto matrimonio. Sed quemadmodum? accipe ab Ulpiano in *Fragm. tit.* 6. §. 8. ita ſcribit: *Dos ſi pondere, numero, menſura continеatur, annua, bima, trima die; niſi ſi, ut præſens reddatur, convenerit. reliquæ dotes ſtatim redduntur.* Hoc ille ex uſu ſui temporis. ſed mutatum a Juſtiniano *l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* ex eaque interpolatus a Triboniano eſt Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de dot. prælegat.* pro *annua, bima, trima die* poſita *annua die.*

Sequens inſpectio erit, per quem fiat dotis repetitio. Hic vero refert, utrum profectitia, an adventitia dos ſit: præterea utrum matrimonium ſolvatur morte mulieris, an divortio. primum ſi matrimonium mulieris morte ſolvatur: placuit, dotem profectitiam, etſi de eo nihil ſit conventum, ipſo jure ad patrem a quo profecta eſt, reverti: quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis penes virum. Sic Ulpianus *d. tit.* 6. §. 4. & optime, ut videtur, Pomponio *l.* 6. *D. de jure dotium*: præfato, jure eſſe patri ſuccurſum, ut filia amiſſa ſolatii loco cederet, ſi redderetur ei dos ab ipſo profecta: ne & filiæ amiſſæ, & pecuniæ damnum ſentiret. Aliquis hoc concedat, muliere in patris poteſtate exiſtente: non item, ſi fuerit emancipata. & fundamentum ei, quod Apollonio cuidam ſic reſcripſit Alexander *l.* 4. *C. h. t. Dos a patre profecta, ſi in matrimonio deceſſerit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet.* Sed ego huic qui ſic cenſeat, non aſſentior: cum ratio patrem conſolandi reſtitutione dotis tam juſta ſit amiſſa filia emancipata, quam in poteſtate exiſtente. Sed generalis ſermo cum Ulpiani, tum Pomponii *dd. locc.* hanc diſtinctionem non agnoſcit: imo hanc refutat Ulpianus *l.* 5. *D. de divort. & repud.* Pomponius *l.* 10. *D. h. t.* & Paulus *l.* 71. *D. de evict.* Nec reſiſtit *d. l.* 4. Alexander: quia in ea non conſtituit generale jus, facile admiſſurum a contrario argumentum: ſed reſcribit ad factum in quo mulier proponebatur in matrimonio mortua eſſe filiafamilias: idem reſcripturus, ſi eum Conſultor de filia emancipata rogaſſet. hujuſmodi vero caſu non eſſe argumento a contrario locum, jam ſæpius animadverſum eſt. idque vel eo monendum fuit: ut liqueret, non eſſe opus emendatione Antonii Goveani V. CL. *lib.* 2. *Var. lect. c.* 4. exiſtimantis, verbum, *filiafamilias*, in *d. l.* 4. pro ſpurio eſſe expungendum. Sed apparet, quod dixi, muliere in matrimonio mortua, dotem profectitiam ad patrem reverti ſine diſcrimine, utrum ſit filiafamilias, an emancipata. Niſi forte aliter convenerit: ut ſunt tales caſus *l.* 26. & *l.* 12. *D. de pact. dot.* ipſi non ſine ratione: nam cum in honorem patris, & pro ſolatio ejus placeat, ei reſtitui dotem profectitiam: quid ni renunciet, ſi velit, favori pro ſe introducto pater? Superiori exceptioni addo ſequentem apud Marcianum *l.* 8. §. *ult. D. de bonis damnat.* in his verbis: *Si pater qui pro filia dotem dedit, damnetur: nihil competit fiſco, etiamſi in matrimonio poſtea filia deceſſerit. quo caſu alias dos profectitia rediret ad patrem. manebit ergo penes virum. Niſi* (quod ex Calliſtrato ſubjicitur *l.* 9.) *probetur, patrem metu condemnationis in fraudem fiſci filiis proſpexiſſe.* Mortua igitur in matrimonio muliere, dos profectitia ad patrem a quo profecta eſt, revertitur: utique nullis liberis relictis: imo & his ſuperſtitibus: nil enim mutat Ulpianus: niſi quod dicit, tum quintas in ſingulos liberos in infinitum relinqui penes virum. Scio: diſſentiunt multi: arbitrati, dotem profectitiam liberis ſuperſtitibus apud maritum manere. & movent eos multa: primum quod Paulus *l.* 17. *D. de Senatuſc. Maced.* ait, patri mortua in matrimonio puella, dotis repetitionem dari. puellam autem Antonius Faber *lib.* 1. *Conject. c.* 16. interpretatur mulierem quæ nullos edidit liberos. Temere: puella eſt ætatis nomen: ſicut puer. nec abs re fuerit, puellam a Paulo dici reſpectu temporis initi matrimonii quo tempore mulier erat puella. quamvis nec inſolitum, puellam appellari mulierem gravidam, & parturientem, etiam matrem factam. Res certa: & ſufficit hoc A. Gellii *lib.* 12. *Noct. Attic. c.* 1. *Percunctatus eſt, quam diutinum puerperium & quam laborioſi nixus fuiſſent, puellamque defeſſam labore ac vigilia ſomnum capere intellexit.* Ex poſt: *Sed cum mater puellæ parcendum eſſe ei diceret, adhibendoſque puero nutrices.* Sed levis hæc objectio. majoris moliminis eſt ſequens ex Paulo *l.* 56. §. 1. *D. de jur. dot.*: *Ibi dos eſſe debet, ubi onera matrimonii ſunt.* at liberi ſunt onera matrimonii *l.* 46. *D. Famil. erciſc.* & matrimonio morte mulieris ſoluto manent apud maritum. Debet igitur dos manere apud maritum, apud quem matrimonio morte mulieris ſoluto manent liberi. Quid dicimus? hanc objectionem habere colorem adjuvandi maritum, matrimonio liberis ſuperſtitibus morte uxoris ſoluto. ſed privato mariti commodo prælatam aliquo modo eſſe utilitatem publicam: credito intereſſe reipublicæ, a patre dotari filiam quo facilius inveniat virum, & civibus augeat rempublicam *l.* 1. *D. h. t.* ad hoc autem procliviorem fore patrem dotem ea mortua recepturum, quamvis ſuperſtitibus liberis. Accedebat: quod non ſoli liberi conſtante matrimonio erant matrimonii onera: ſed uxor quoque. Hoc ſenſu Paulus *d. l.* 46. *D. Fam. erciſc. Mortuo patre quædam filios ſequuntur, etiam antequam fiant heredes: ut matrimonium, liberi, ut tutela. igitur & dotem præcipere debet qui onus matrimonii poſt mortem patris ſuſtinet.* Paulus onus matrimonii conſtantis vocat alimenta non liberorum tantum,

Digitized by Google

ſed uxoris quoque: nam hanc matrimonii appellatione deſignat: pari ſorma qua apud Florum & Juſtinum matrimonia pro uxoribus dici, commode eſt a Freinshemio obſervatum *Indice ad Florum*. cui pro cumulo addam hoc Minucii Felicis *Octavio c.* 31. *At nos pudorem non facie, ſed mente præſtamus, unius matrimonii vinculo libenter inhærentes.* Dicamus igitur, propter matrimonii onera quæ eo conſtante apud maritum ſunt in ſolidum, apud eum eſſe dotem ſolidam: ſed eo ſoluto, quia ejus eſſe deſiit onus alendæ uxoris, quamvis liberi adhuc ſint ejus oneri, utique apud eum non eſſe ſolida matrimonii onera; ideoque nec ſolidam dotem apud eum eſſe: ſed ſufficere, quintas eſſe: ut ſupra dictum. Præter ſuperiores difficultates movetur & tertia ex hoc Papiniani *l.* 40. *D. h. t. Poſt dotem datam & nuptias contractas ſtipulatus eſt pater filiæ voluntate, divortio facto dotem dari: ſi conditio ſtipulationis impleatur, & poſtea filia ſine liberis deceſſerit, non erit impediendus pater, quo minus ex ſtipulatu agat: viva autem filia ſi agere vult, exceptione ſummovendus erit.* Pater poſt dotem datam, & contractas filiæ nuptias, ejus voluntate (ſic paſſim legitur) ſtipulatus erat, facto divortio, dotem ſibi reddi. ait Papinianus, ſi conditio ſtipulationis exiſtat, id eſt, ſi divortium ſit ſequutum, patrem dotem exacturum, ſi poſtea filia ſine liberis ſit mortua. proinde ſi ſit ſuperſtitibus liberis mortua: videtur conſequens eſſe, ut ceſſet dotis exactio. Ut extricetur difficultas, recedendum eſt a recepta lectione, auctoritate Græcorum, *Baſilic. lib.* 28. *tit.* 8. ſecundum quam Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Obſervat. c.* 21. ita legit: *ſtipulatus eſt pater ſine filiæ voluntate.* Niſi quis malit: *ſtipulatus eſt pater præter filiæ voluntatem:* quomodo reperiſſe ſe in libro manuſcripto, refert Ludovicus Charondas *Not. margin.* Sed utraque placet lectio, ſicut utrique convenit peræque ratio juris certi demonſtrata ab Ulpiano *l.* 29. *D. d. t.* Inde ſenſus: Si pater poſt dotem datam & nuptias ſequutas ſine filiæ voluntate ex intervallo ſtipulatus eſt, divortio facto dotem dari: non jure eam ſtipulatus eſt *d. l.* 29. ideoque non poteſt ex ea ſtipulatione agere viva filia; & ſi vult agere, ſummovendus eſt exceptione, Si non poſt contractas nuptias male ſtipulatus es: quod bene obſervavit Scholiaſtes Græcus *ad d. l.* 40. *lit.* 1. *pag.* 397. *tom.* 4. Si tamen filia poſt divortium deceſſerit ſine liberis: ultro convaleſcit ſtipulatio: nec impedietur pater ex ea petere dotem ſolidam: liberis autem ſuperſtitibus non petet ſolidam: quia marito ante Juſtinianum jus fuit, quintas in ſingulos liberos retinere. Ita mortua filia, retro valet ſtipulatio quæ ea viva non valebat.

Mortua igitur in matrimonio muliere, revertebatur dos profectitia ad patrem filiæ ſuperſtitem. ſed quid, ſi non eſſet ſuperſtes? Ulpianus *d. tit.* 6. §. 4. ſic ſcribit: *Quod ſi pater non ſit, apud maritum remanet.* Ita jus fuit uſque ad principatum Juſtiniani. ſed ab eo mutatum *l. unic.* §. 6. *C. de rei uxor. act.*

Hæc de dote profectitia. quid de adventitia? Ulpianus *d. tit.* 6. §. 5. ait, *Adventitia dos ſemper apud maritum remanet, præterquam ſi is qui dedit, ut ſibi redderetur, ſtipulatus fuit: quæ dos ſpecialiter receptitia dicitur.* Intereſt igitur inter dotem profectitiam & adventitiam: quod illa, niſi aliter ſit conventum, ſemper ad patrem revertitur: hæc contra, niſi aliter placuit, ſemper manet apud maritum. non obſcura ratione differentiæ: quod pater invitus cogitur dotem dare pro filia: extraneus dat, ſi vult, dotem: ſi non vult, non cogitur dare. hic igitur, cum dos manet apud maritum mortua muliere, non habet queri, niſi de ſua liberalitate plane voluntaria. at illi, cui neceſſe fuit, dotem dare pro filia, merito eſt ſuccurſum, ut filia amiſſa, ſolatii loco cederet dos ei reſtituta: ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiret *l.* 6. *D. de jur. dot.*

Oſtendi, quid juris fuerit, matrimonio morte ſoluto. videamus, quid ſit, ſequuto divortio? Ulpianus, *d. tit.* 6. §. 6. *Divortio*, inquit, *facto, ſi quidem ſui juris ſit mulier, ipſa habet actionem, id eſt, dotis repetitionem. quod ſi in poteſtate patris ſit, pater adjuncta filiæ perſona habet actionem re vera.* Sic editur; ſed pro *actionem re vera*, eſſe legendum, *actionem rei uxoriæ*, ingenioſe more ſuo conjecit Cujacius. Præter hæc notandum, quod Ulpianus ait, patrem *adjuncta filiæ perſona* habere rei uxoriæ actionem, fere hac niti ratione: quod filia obligationis particeps & quaſi ſocia eſt in cauſam dotis *l.* 34. §. 6. *D. de ſolution.* Paulus *l.* 3. *D. h. t.* ſic exprimit: Non ſolum in exigenda, ſed etiam in ſolvenda, dote quæ communis eſt patris & filiæ, utriuſque voluntas exquiritur: nec alter alterius deteriorem conditionem facere poteſt. Illud quale, quod mox in *d.* §. 6. ſubjicit Ulpianus *Nec intereſt, adventitia ſit dos, an profectitia.* Forte hoc dubium fiat comparatione *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* qui locus eſt ejuſdem Ulpiani. nam in *d.* §. 6. vult, matrimonio per divortium ſoluto, cum in patris poteſtate eſt mulier, communem patris & filiæ eſſe dotis repetitionem; ſive profectitia dos ſit, ſive adventitia. at in *d. l.* 2. §. 1. ſic loquitur: *Quod ſi in patris poteſtate eſt, & dos ab eo profecta ſit, ipſius & filiæ dos eſt: denique pater non aliter, quam ex voluntate filiæ petere dotem neque per ſe, neque per procuratorem poteſt.* Ulpianus hic patri quidem ex voluntate filiæ concedit repetitionem dotis, ſed profectitiæ, non adventitiæ. An igitur a ſe diſſentit Ulpianus? Veretur Goveanus *lib.* 1. *Var. lect. c.* 44. niſi pro deletis habeantur verba, *Et dos ab eo profecta ſit*, tamquam adſcripta a Triboniano ex *l.* 6. & *l.* 8. *C. de bon. quæ liber.*

Non

Non damno emendationem: qua poteſt ſublata intelligi difficultas. ſed non erit neceſſaria: ſi in *d. l.* 2. §. 1. abſtineatur argumento a contrario aut a conſequentia: ut non debet hujuſmodi argumento, ſi præſertim fiat adverſus clarum teſtimonium, aut rationem juris, indulgeri in Fragmentis Pandectarum: quæ ut habeant vim legum talia argumenta patientium, tamen non ſunt leges: ſed doctrinæ Juriſconſultorum. quibus unam ſpeciem in ſermone attingentibus, non ſtatim eſt conſilium, eas quas non attingant, excludere: ideoque nec ſic, quaſi excluſerint, accipienda. Ita cum apud Paulum *l.* 31. §. 1. *D. de uſurp. & uſucap.* reperitur: *In uſucapionibus mobilium continuum tempus numeratur:* noli putare, fuiſſe Pauli mentem, in immobilium uſucapionibus non numerari tempus continuum: contrarium enim liquet partim ex definitione uſucapionis apud Modeſtinum *l.* 3. *D. d. t.* partim ex diſputatione Gaji *l.* 5. *D. eod. tit.* Similiter, cum apud Paulum *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.* legitur de tutore: *Non dabit dotem ſorori alio patre natæ:* cavebis, ſi ſapis, ab argumento hoc a contrario: ergo dotem dabit ſorori eodem patre natæ. non enim hoc ſedit Paulo, nec verum eſt: ut demonſtravi ſupra ſub Titulo, *de jure dotium.*

Tranſgrediamur nunc ad hunc articulum, adverſus quem competat de dote actio. palam autem eſt, adverſus maritum competere, ſive ipſi dos data ſit, ſive alii ex voluntate mariti, vel ſubjecto juri ejus vel non ſubjecto. ſed ſi filiusfamilias ſit maritus, & ſocero data ſit dos, adverſus ſocerum agetur: plane ſi filio data ſit, ſed juſſu ſoceri, adhuc tenebitur ſocer. quod ſi filio data ſit non juſſu patris, Sabinus & Caſſius reſponderunt, nihilominus cum patre agi oportere: videri enim dotem ad eum perveniſſe, penes quem eſt peculium. ſufficit autem, ad id damnari quod eſt in peculio, vel ſi quid in rem patris verſum eſt. ſin autem ſocero dederit, cum marito non poterit experiri, niſi patri heres extiterit. Ita Ulpianus *l.* 22. §. 12. *D. h. t.* & Imperatores *l.* 10. *& ult. C. eod. tit.* Quod ſi mulier ignorans ſtatum ſervi, ei per errorem nupſerit, & dotem dederit, tamquam libero: placet Antonino, eam ex peculio dotem recipere *l.* 3. *C. eod.*

Proxima inſpectio erit, ad quid detur de dote actio. datur autem ad reſtitutionem dotis datæ: ſive rem propriam, ſive alienam, in dotem dederit mulier: nec refert quidem, utrum ignorans dederit, an ſciens: nam vel tum ei reddendum eſſe, quaſi ſuam dediſſet, Pomponius bene arbitratus eſt *l.* 11. *D. h. t.* obligatione hac nata ex conventione: quam inter contrahentes ſervari, bonæ fidei conſequens eſt.

Non minus obſervandum: quod oportet virum in rebus quas, præter numeratam pecuniam, doti habet, quales res ſunt corpora, præſtare dolum malum & culpam: nihil præterea. ita Servium ſcribere, eamque ſententiam Publii Mucii eſſe, teſtis eſt Javolenus *l.* 66. *D. h. t.* nam in Licinia Gracchi uxore ſtatuiſſe, quod res dotales in ea ſeditione qua Gracchus occiſus erat, periiſſent, quia Gracchi culpa ea ſeditio facta eſſet, Liciniæ præſtari oportere. Et eſt his conſequens hoc Pomponii *l.* 18. §. 1. in *fin. Si circa interitum rei dotalis dolus malus & culpa mariti abſit, actiones ſolas quas eo nomine quaſi maritus habet, præſtandas mulieri: veluti furti, vel damni injuriæ.* Præſtat igitur maritus in corporibus dotalibus, præter dolum, & culpam latam ac levem: ut fit in cæteris contractibus, ad utilitatem utriuſque & dantis & accipientis pertinentibus *l.* 5. §. 2. *D. Commod.* Paulus *l.* 17. *D. de jur. dot.* ſic loquitur: *In rebus dotalibus virum præſtare oportet tam dolum, quam culpam.* Debuit dicere, *tam culpam, quam dolum.* Sed eſt Hyſterologia Veteribus frequens, & alibi a me notata. Addit: *Etiam diligentiam præſtabit, ſed quam in ſuis rebus exhibet.* Pauli ſenſus eſt: quod maritus, præter dolum, præſtat culpam levem, ſive conſiſtat in committendo, ſive in omittendo. quam ob rem? quia cauſa *ſua dotem accipit.* id eſt, quia etiam cauſa ſua, vel quia non tantum uxoris, ſed ſua quoque, cauſa dotem accipit: ut docui *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. Hoc: niſi mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet. nam ſi ea fuit: ait Pomponius *l.* 9. *D. h. t.* maritum dumtaxat dolum malum, non etiam culpam præſtare: nempe, ne facto mulieris in perpetuum ejus agrum colere cogatur. At dos non ſemper conſtat corporibus: ſæpe conſtat quantitatibus, quæ pondere, numero, aut menſura, æſtimantur. tum vero mariti periculo dos eſt: quia illæ in hoc dantur; ut eas maritus ad arbitrium ſuum diſtrahat, & quandoque ſoluto matrimonio, ejuſdem generis & qualitatis alias reſtituat vel ipſe vel heres ejus *l.* 42. *D. de jur. dot.* idem eſt, ſi in dotem data ſint corpora æſtimata: nam tum quoque, quaſi venditio intervenerit, periculum ad maritum pertinet: ſi pura fuerit æſtimatio; aut, ſi conditionalis, conditio extiterit *l.* 10. §. 4. *&* 5. *D. de jur. dot.* Adeo plerumque intereſt viri, res non eſſe æſtimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat: maxime ſi animalia in dotem acceperit, vel veſtem qua mulier utitur: eveniet enim, ſi æſtimata ſint, & ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus æſtimationem earum præſtet *l.* 51. *D. h. t.* Quid igitur eſt? quotiens res non æſtimatæ in dotem dantur, & meliores & deteriores mulieri fiunt *d. l.* 10. *pr.* amplius, ſi prædiis inæſtimatis aliquid acceſſit, hoc ad compendium mulieris pertinet: ſi aliquid deceſſit, mulieris damnum eſt *d. l.* 10. §. 1. Putemus igitur, in actio-

Digitized by Google

tionem rei uxoriæ venire res in dotem datas: etiam acceſſiones *d. l.* 10. §. 1. ſi quidem ſint extra fructus: ut ſunt partus ancillarum quæ æſtimatæ non ſunt: & quæ ſervi dotales ex quacumque cauſa, niſi ex re mariti vel operis ſuis adquiſierunt: fructus autem in quibus ſunt fœtus pecorum, ad lucrum mariti pertinere, Juſtinianus refert *l. unic.* §. 9. *C. de rei uxor. act.* & ante ſic diſtinxit Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. 2. & 3. nec dubitavit hic Juriſconſultus *l.* 7. *D. de jur. dot.* quod de fructibus dictum, ab ipſa æquitate derivare: cauſatus, marito onera matrimonii ſuſtinente, æquum eſſe, eum etiam fructus percipere. æque probo, quod porro ſubjicit §. 1. fructus conſtante matrimonio perceptos non fore dotis: ante nuptias perceptos in dotem converti. quod & Paulo placet *l.* 38. §. 12. *D. de uſur.* & Juliano *l.* 47. *D. de jur. dot.* Eadem ratione, matrimonio morte vel divortio ſoluto, non patitur æquitas, a marito retineri integros ejus anni fructus: quippe cum non ſuſtentarit onera totius anni: iſtis fructibus repenſanda. idem eſt; ſi matrimonium conſtitit pluribus annis, & eſt finitum, antequam exſpiravit annus poſtremus: nam vel tum fructus inter virum & uxorem pro rata temporis portione dividi, rationis eſt *l. unic.* §. 9. *C. de rei uxor. act.* Hæc: ſi eodem tempore & matrimonium eſt perfectum, & dos data. alioquin de diviſione anni quo divortium factum eſt, quæri ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* utrum maritus ſibi computet tempus ex die contracti matrimonii, an ex die fundi traditi? putat autem, in fructibus a viro retinendis, neque diem conſtitutæ dotis, neque nuptiarum, obſervari; ſed quo primum dotale prædium eſt, id eſt, tradita poſſeſſione. Similiter ait Paulus *l.* 6. *D. h. t.* fundo ante nuptias tradito, annum computari ex die nuptiarum ad eumdem diem ſequentis anni: idemque in cæteris annis ſervari, donec fiat divortium: nam, ſi fundus traditus ſit ante nuptias, & fructus inde ſint percepti, divortio quandoque facto, eſſe reſtituendos, quaſi dotis factos *d. l.* 6.

Injecta fructuum mentio, non ſinit me ſilere hoc loco, quid ſit fructus. ait autem Pomponius, eo nomine venire omnem utilitatem ex corpore rei natam *l.* 121. *D. de verb. ſignific.* idem Varro *lib.* 4. *De ling. Latin.* Ulpianus quoque de fundi uſufructu agens *l.* 9. *D. de Uſufruct.* Quidquid, inquit, in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, ipſius fructus eſt, ſi tamen boni viri arbitratu percipiatur. quod & hic locum habere poteſt: cum vel maritus, ne deteriorem dotem faciat, curare debeat *l.* 7. §. 12. *D. h. t.* id vero ſi obſervatur, non refert, utrum ex facto hominis proveniat fructus, puta ſerendo; an ſponte, ut ſilva cædua cujus arbores cremiales appellantur: nam Ulpianus *d. l.* 7. §. 12. & §. 7. teſtatur, tales in fructu cedere, & pro anni parte reſtitui: grandes arbores in fructu haberi non putat: ideoque his cæſis, maritum teneri, quaſi deteriorem fundum fecerit. ſed & ſi vi tempeſtatis ceciderint, dici oportere, pretium mulieri reſtituendum, nec magis in fructum cedere, quam ſi theſaurus fuerit inventus: hunc enim in fructum non computari; ſed partem ejus dimidiam reſtitui, quaſi in alieno inventi. Quod de fundo dictum, etiam de pecore exiſtimandum: nam & lana ovium, & fœtus pecorum in fructu haberi apud Gajum *l.* 28. *D. de uſur.* nec alio pergit hoc Manilii *lib.* 4. *Aſtronomic.*

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diverſos ex ſe parientia quæſtus.

Non tamen hoc ſine temperamento. certe Ulpianus *l.* 10. §. 3. *D. de jur. dot.* *Fœtus*, inquit, *dotalium pecorum ad maritum pertinent: quia fructibus computantur. ſic tamen, ut ſuppleri proprietatem prius oporteat, & ſummiſſis in locum mortuorum capitum [ex] agnatis, reſiduum in fructum habeat: quia fructus dotis ad eum pertineat.* Ex hiſce porro ſic infert Ulpianus *l.* 7. §. 9. *D. h. t.* ſi maritus oves doti acceperit prope partum, item proximas tonſuræ, poſt partum, & tonſas oves, protinus divortio facto, non eſſe cauſam, cur nihil reddat: & hanc optimam adjungit rationem: quod & hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. Reſtant penſiones prædiorum cum urbanorum, tum ruſticorum. hæ proprie non ſunt in fructu: non enim naſcuntur ex prædiis; ſed veniunt ex nova cauſa, id eſt, ex nova obligatione *l.* 121. *D. de verb. ſignif.* interim præſtant utilitatem eamdem fructibus: & cum natura fructus non ſint, adhuc civili interpretatione pro fructibus habentur *l.* 36. *D. de uſur.* & ita in præſentia Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. 2. 3. 8. & 11. Cæterum qui ſunt fructus, non ante habentur tales, quam deducta impenſa, ſive a marito, ſive a muliere in eum facta ſit *d. l.* 7. *pr.* quæ autem ſit talis impenſa, & quomodo æſtimanda, tractat Ulpianus *d. l.* 7. §. *ult. l.* 8. §. 1. *D. h. t.*

Vidimus, ad quid detur rei uxoriæ actio, videamus, quatenus detur. Ulpianus *l.* 12. *D. h. t.* exploratum eſſe ait, maritum non condemnari in ſolidum; ſed in id quod facere poteſt. convenienter reverentiæ ſocietatis vitæ quæ inter conjuges fuit. Inde quæſitum, ſi maritus paciſcatur, ne condemnetur in id quod facere poſſit, ſed in ſolidum; an ſervandum ſit pactum. Pomponius negat; idque & ſibi verum videri, Ulpianus ait: præfatus, contra bonos mores eſſe; quippe cum appareat, eſſe contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda eſt *l.* 14. §. 1. *D. h. t.* De cætero cum dicimus, maritum tantum condemnari in id quod facere poteſt, demum placet Pomponio, niſi dolo egerit: ipſumque

que quemadmodum accipiendum ſit, diligenter tractat *l.* 18. *D. d. t.* Plane perſonale eſſe hoc mariti beneficium, Paulus refert *l.* 13. *d. t.* eaque ratione heredi præſtandum eſſe, negat Ulpianus *l.* 12. *d. t.* putans, cum perſona extingui: poteſtque huc forſan referri *l.* 68. *D. de reg. jur.* indicio Inſcriptionis, *Paulus lib. ſingulari De dotis repetitione*. Excipiuntur filii mulieris qui patri heredes extiterunt; nam & hos in id quod facere poſſunt, condemnandos, Pomponius auctor eſt *d. l.* 18. idemque eſt in defenſore *l.* 14. *D. h. t.* Illud prætermitti, noluit Paulus *l.* 15. §. 1. *D. d. t.* quod heredi mariti, licet in ſolidum condemnetur, compenſationes tamen quæ ad pecuniariam cauſam reſpiciunt, proderunt: ut hoc minus ſit obligatus. & ſequentia ponit exempla: veluti ob res donatas, & amotas, & impenſas. an etiam ob mores? Paulus morum, inquit, coërcitionem non habet. Ut vero hoc intelligatur; ſubjiciam, quod poſtulat ordo mihi propoſitus, cauſas quibus dotis repetitio minuatur. eas enumerat Ulpianus *tit.* 6. §. 9. verbis ſequentibus: *Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impenſas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* Ulpianus ſignificat, uxori a marito reſtituendam fuiſſe dotem integram: niſi marito ex his cauſis eſſet retentio: eamdemque (quod a Paulo traditum *d. l.* 15. §. 1.) etiam ejus heredi in ſolidum condemnato fuiſſe; præterquam quod hic eam non habet ob mores mulieris. videlicet, quia judicium de moribus pecuniariam cauſam non reſpicit, ut illæ ſuperiores *d. l.* 15. §. 1. ſed habet publicam utilitatem coërcendi malos mores *l.* 5. *D. de pact. dot.* ita continet vindictam, nec competit heredi vel mariti vel uxoris. optime Conſtantius *l.* 1. *Cod. Theod. de dotibus. De moribus actio ultra perſonam extendi non poteſt: nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi.*

Dicto, quantum ſatis, de rei uxoriæ actione, ne debeo quidem oblivisci actionis ex ſtipulatu; ſolitæ, præter ſuperiorem, pro dotis reſtitutione jure civili competere, quamquam non aliter, quam ante de ea facta ſtipulatione. Sed jus vetus mutavit Imp. Juſtinianus *l. unic. C. de rei uxor. act.* jubens, ſublata rei uxoriæ actione, mulieri pro reſtituenda dote ſolam deinceps indulgeri ex ſtipulatu actionem, ſive interpoſita ſit a muliere ſtipulatio, ſive non ſit. prorſus ut, ſi omiſſa palam ſit, in ejus honorem Imperatoria providentia adhuc tacite interveniſſe intelligatur. Eſt & alia obſervatio; quod hæc ex ſtipulatu actio, cum ſua natura ſit ſtricti juris, in propoſito quoque ab Imperatore eſt facta bonæ fidei: qualis olim vel Cicerone teſte, *lib.* 3. *De officiis*, erat actio rei uxoriæ. Nec hoc omittendum, quod Imp. Juſtinianus ei inſuper dedit jus tacitæ hypothecæ; & (ut eſt in §. 29. *Inſt. de action.*) etiam voluit eam aliis creditoribus præferri, cum de dote ſua experitur. Vides ſummam novi juris, eoque plura inducta Veteribus aliter obſervata, & hic explicanda; niſi ex lectione *d. l. unicæ* poſſent intelligi melius.

LIBER VIGESIMUS QUINTUS.

TITULUS I.

De impenſis in res dotales factis.

Hic Titulus pendet a ſuperiore: in quo dictum fuit, muliere dotem repetente, eſſe marito variis ex cauſis & retentionem & petitionem. una locum habet propter impenſas: in quibus Ulpiano *l.* 3. §. 1. *h. t.* duplex eſt inſpectio. nam ait multum intereſſe, utrum ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præſentis temporis pertineat; an vero ad præſentis anni fructum. ſi in præſentis; putat, cum fructibus hoc compenſandum. idemque docet Paulus *l.* 13. obſervari in ſtipendio & tributo ob dotalem fundum præſtito: præfatus, hæc impendia onus fructuum eſſe. Non ita eſſe, inquit Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 3. ſi non fuit ad præſens tantum apta erogatio. tum enim neceſſariis impenſis computandum: modo ſi, ut dixi, fiant in ipſas res dotales, & perpetui uſus cauſa *l.* 1. §. 2. *h. t.*

Interim triplices eſſe impenſas, nempe neceſſarias, utiles, & voluptarias, intelligitur ex *d. l.* 1. & *l.* 79. *D. de verb. ſignif.* neceſſariæ definiuntur *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 79. *l. ult. h. t.* exempla petere licet ex *d. l.* 1. §. 3. *l.* 2. & 3. *l.* 14. *h. t.* Utiles quæ ſint, exponitur *l.* 5. §. *ult.* exempla exhibet *l.* 6. *d. l.* 14. §. 1. *d. l.* 79. §. 1. voluptarias deſcribit *l.* 7. *h. t.* exempla ſunt in *d. l.* 14. §. 2. *d. l.* 79. §. *ult.* Jus mariti quodnam ſit in impenſis neceſſariis, diſces ex *l.* 5. & *l.* 15. *h. t.* de utilibus ejus jus tradet *d. l.* 7. §. 1. & 8. in voluptariis quale obtineat, exponit Ulpianus *l.* 11. eique adde *l.* 9. & *ſeq. D. h. t.*

Hæc fuere vetere jure. novo quid conſtituerit Juſtinianus, accipe ex *l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

Titulus hic, De actione rerum amotarum, ſuperioribus commode ſubjicitur: nam ut ob mores & impenſas, ſic ob res amotas, erat retentio adverſus dotis repetitionem. in Edicto perpetuo eo nomine etiam promittebatur a Prætore actio: ut apparet ex *l. 2. C. h. t.* Hæc manſit, retentione per Juſtinianum ſublata *l. unic. §. 5. C. de rei uxor. act.* Igitur Edictum conſideremus. ejus duo fuere capita. prius ſic concipio. *Rerum amotarum ſi agetur, quod uxor res mariti, aut maritus res uxoris, divortii cauſa, amoviſſe dicetur, & divortium ſecutum erit, judicium dabo.* Rationem propoſiti Edicti Paulus dat egregiam his verbis *l. 1.* Rerum amotarum judicium ſingulare introductum eſt adverſus eam quæ uxor fuit; quia non placuit, cum ea furti agere poſſe; quibuſdam exiſtimantibus, ne quidem furtum eam facere, nt Nerva, Caſſio, quia ſocietas vitæ quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino & Proculo, furto quidem eam facere, ſicuti filia patri faciat, ſed furti non eſſe actionem conſtituto jure: in qua ſententia & Julianus rectiſſime eſt.

Igitur actio quam proponit Prætor, in Rubrica & paſſim vocatur rerum amotarum: deſumpto nomine a primis Edicti verbis. Hanc promittit Prætor, rebus mariti ab uxore, aut rebus uxoris a marito, amotis: *l. 2. C. l. 6. §. 2. l. 11. D. h. t.* Dicuntur autem maritus & uxor, conſtante matrimonio: ſoluto, non æque. & ideo mulier, ſi poſt divortium res mariti contrectet, etiam furti tenetur *l. 3. D. h. t.* Loquitur igitur Prætor de uxore & marito: & quia in his nihil deſiderat: ſufficit, a viro aut uxore amotas eſſe res alterius: ſive ſimul, ſive ſeparatim habitent *l. 15. D. h. t.* nam vel hoc caſu, ſi invicem habent honorem matrimonii, nuptiæ durant, & maritus & uxor intelliguntur *l. 32. §. 13. D. de donat. int. vir. & uxor.* ita vere Ulpianus *d. l. 15.* ait, rerum amotarum actionem etiam adverſus eam competere, quæ ſubtraxit ex ea domo in qua non ſimul cum viro habitavit. De concubina videamus. de ea nihil Prætor. proinde ſi hæc amovit; ceſſat rerum amotarum actio: magiſque eſt, ut furti agatur, atque hoc jure utimur, inquit Ulpianus *l. 17. D. h. t.* Idemque putat, ubicumque ceſſat matrimonium; puta in ea quæ tutori ſuo nupſit, vel contra Mandata convenit, vel ſicubi alibi ceſſat matrimonium: ut enim cohabitent, (quod eis licere, quoties non eſt turpis aut nefaria conſuetudo, dictum ſub Titulo *De ritu nuptiarum*) tamen neque vir, neque uxor, neque matrimonium, neque divortium, intelligitur: ut autem ſit rerum amotarum actio, oportet rem mariti ab uxore, aut rem uxoris a marito, amotam eſſe divortii cauſa. Cæterum etſi Prætor tantum de uxore & marito loquitur; ajunt tamen Atilicinus & Fulcinius apud Paulum *l. 6. D. h. t.* ſocero contra nurum quoque dandum hoc judicium eſſe. etſi, ut mihi videtur, non indiſtincte adverſus omnem: ſed adverſus eam quæ filiofamilias nupſit, & ex rebus ſoceri, vel ex peculio mariti quid divortii cauſa amoverit. nam ea quæ filio emancipato nupſit, ſocero furtum facere poteſt, & furti tenetur actione furti & condictione furtiva *l. 15. §. ult. D. d. t.* contra, quæ filiofamilias nupſit, poteſt quidem ſocero facere furtum, ſed ei furti non tenetur: ſicut in *§. 12. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* dicitur de liberis in patris poteſtate exiſtentibus. & hoc modo accipio Paulum *l. 6. D. h. t.* arbitratus, ejus principium eſſe junctim cum §. 1. explicandum hoc fere modo: *Contra nurum quoque ſocero hoc judicium dandum, Atilicinus & Fulcinius ajunt.* quando? *quotiens filiofamilias dos data eſt.* qua ratione? tum enim *ſocerum ob res divortii cauſa amotas, furti agere non poſſe.*

Igitur promittit Prætor actionem rerum amotarum; ſi uxor res mariti, aut maritus res uxoris, amoviſſe dicatur. Eſt autem Prætor uſus amovendi verbo, ob pudorem matrimonii; cum poſſet furti mentionem facere. re vera enim admittitur amotione furtum *l. 21. §. ult. l. 29. D. h. t.* ſed res lenitur honeſtiore vocabulo in honorem matrimonii *l. 1. & 2. D. h. t.* pari forma qua conjuges, facto divortio, in judicio de moribus dicuntur invicem accuſare mores, etiamſi invicem accuſent crimina. Porro amovere eſt proprie de loco movere; nihil aliud. vidit Donatus ad hoc Terentii *Adelph. 4. 2. 14. Age, ego tamen hunc amovebo*, ſic ſcribens: *Mire* amovebo, *dixit: non* deterrebo: *nam proprie amovetur ſaxum de loco.* Sed amovere hic plenius accipitur: ut etiam contineat res quas mulier divortii tempore comederit, vendiderit, donaverit, aut qualibet ratione conſumpſerit *l. 3. §. 3. D. h. t.* conſequenter veniunt in actionem rerum amotarum non ſolum res extantes, verum etiam eæ quæ in rerum natura eſſe deſierunt *l. 17. §. 2. d. t.* Tenetur porro mulier hac actione; ſi res mariti amoverit ſive per ſe ipſa, ſive per alium. fac: opem furi tulit *l. 20. d. t.* aut fures induxit in mariti domum, perque eos amovit: tenetur, etſi res ad eam non pervenit *l. 19. d. t.* Quid, ſi ſervus, cum mulier iniret divortii conſilium, ejus juſſu amovit res mariti? Paulus *l. 21. §. 1.* ſic ſcribit: *Si ſervus mulieris, juſſu dominæ divortii cauſa*

res

res amoverit, Pedius putat, nec furtum eum facere; quoniam nihil lucri ſui cauſa contrectet: nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat; quamvis ſervus in facinoribus domino dicto audiens eſſe non debeat. ſed rerum amotarum actio erit. Sit thema. Mulier per ſe nihil amovit divortii cauſa: ſed ejus ſervus dominæ juſſu aliquid divortii cauſa amovit. an marito adverſus uxorem competit rerum amotarum actio? Pedius negabat, hac ratione; quod, ut mulier rerum amotarum teneatur, revera furtum factum eſſe debet; in propoſito autem ſervus non fecit furtum: quia nihil ſponte contrectavit dolo malo ſui lucri cauſa: contra, quod contrectavit, juſſu dominæ contrectavit, cui parere neceſſe erat. jam vero ſine dolo malo & propoſito faciendi lucri non ſit furtum. Atqui opem tulit facienti furtum. Id quoque negabat Pedius; & movebat eum: quod mulier ipſa nihil contrectavit, etſi juſſit quid a ſervo contrectari: verbis autem ſine contrectatione non ſit furtum. Igitur non admiſſo a muliere furto, non putabat Pedius, ſervum furanti tuliſſe opem. Poterat ſcrupulum injicere juris regula: prohibens, ſervum domino in facinoribus eſſe dicto audientem. At nec illa confudit Pedium: quod non putabat, admiſſum a ſervo eſſe facinus: nam ſi quod eſſet; id foret furtum. ſed non eſt furtum. præterea conſtat, ſervum domino parentem in leviore facinore, parendi neceſſitate excuſari *l.* 157. *D. de regul. jur.* Igitur rebus mariti juſſu mulieris ab ejus ſervo divortii conſilio amotis ſine vitio furti, Pedius marito non dabat actionem rerum amotarum; utique directam quæ re vera eſt de furto, nec alia quam condictio furtiva, quamquam in honorem matrimonii temperatur honeſtiore vocabulo. Sed nihilominus Paulus intellecto, utique res mariti a ſervo mulieris eſſe ejus juſſu amotas divortii conſilio, & hoc eſſe ſequutum, non iniquum fore arbitratus eſt, ceſſante ſubtili jure directa rerum amotarum actione, adhuc utilem marito dari his verbis: *Sed rerum amotarum actio erit.* ſenſus Pauli: Quidquid ſedeat Pedio; mea opinione erit utilis rerum amotarum actio, etſi deficiat directa. quod & evenit in *pr. d. l.* 21.

Igitur, ut locum habeat rerum amotarum actio, oportet uxorem res mariti, aut maritum res uxoris, conſtante matrimonio amoviſſe: at non qualiter qualiter; ſed divortii cauſa, & hoc ſecutum eſſe: hac enim forma conceptum ſupra fuit Edictum ex *l.* 25. *D. & l.* 2. *C. h. t.* Voluit igitur Prætor, res amotas eſſe non ſimpliciter, ſed cogitatione divortii, ſive ob cauſam divortii quod animo volvit, & rebus amotis ſecit. Hac ratione dicitur hæc actio oriri ex divortio tantum *l. ult. D. de divort. & repud.* etiam competere divortii cauſa *l.* 17. *D. h. t.* Ut tamen latius ſerpit interpretatio provocante æquitate, datur hæc actio etiam ob res a nupta amotas, ſi eas, cum diſcederet, celavit *d. l.* 17. §. 1. quaſi videatur has etiam, cum celavit, contrectaſſe, & divortii cauſa amoviſſe, quas marito divortii tempore non reddidit. nihilominus, quia ab initio aliam habuit amovendi cauſam, magis eſt hac in ſpecie, ut ſit utilis quam directa rerum amotarum actio *arg. d. l.* 21. Oportet igitur res conſtante matrimonio eſſe amotas, ſed divortii cauſa. Quid, ſi mulier mortis cauſa res amoverit, deinde mortuus ſit maritus? Julianus *l.* 22. §. 1. *D. h. t.* non indulget hanc actionem: ſed hereditatis, inquit, petitione vel actione ad exhibendum conſequi poterit heres id quod amotum eſt. Similiter, inquit Paulus *l.* 6. §. *ult. D. d. t.* ſi mortuo viro mulier res amoverit; aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient. Ita plurimum intereſt, utrum mulier quid amoveat divortii, an mortis cauſa: nam ſi divortii cauſa quid aufert, voluit marito furtum facere, ſpolians eum inimico animo: at ſi mortis cauſa quid amovit, non ſecit marito furtum: quia hoc non ſit, niſi fraudulosa contrectatione: quæ non eſt, niſi ſit qui velit fraudem facere, & ſit cui fraus fiat. in propoſito autem non voluit mulier marito furtum facere; ſi non ſuiſſet moriturus. imo, ſi putaſſet victurum, non amoviſſet ei quidquam. at nec fecit hereditati ſurtum, quia nulla erat: ac ſi fuiſſet aliqua, hereditati non ſit furtum. At enim Paulus *l.* 21. *D. h. t. Si*, inquit, *mulier, cum de viri vita deſperaſſet, ſubreptis quibuſdam rebus divortiſſet: ſi convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda eſt.* Sed eſt ſpecies alia, quam in ſuperioribus: nam in *d. l.* 6. §. *ult.* proponitur mulier quid amoviſſe viro mortuo: & in *d. l.* 22. §. *ult.* amovit quidem viro vivo mortis cauſa, ſed ei qui deinde ſuit mortuus. at in *d. l.* 21. neutrum incidit: contra dicitur convaluiſſe vir de quo deſperaverat mulier, & deinde divortium eſſe factum: recteque ait Paulus, *ſi convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda eſt.* utilis, inquam, quia etſi eas ab initio non amovit divortii cauſa: tamen eas tempore divortii marito non reſtituit.

Datur igitur actio rerum amotarum, ſi uxor res mariti, aut maritus res uxoris divortii cauſa amovit, & divortium poſt eſt ſecutum. Res autem mariti aut uxoris vocat Prætor, quarum dominium maritus aut uxor habet: hæ enim vere ſunt ipſius. idem tamen, ſi quas bona fide poſſidet: nam vel hæ ejus habentur *l.* 20. *D. h. t.* ſi non jure civili, at jure Prætorio. plus dicam, ſi uxor amoveat res marito pignori datas, hoc judicio teneri *l.* 17. §. 3. *D. d. t.* Qua ratione? optima hac, quam habet Ulpianus *l.* 49. *D. de verb. ſignif.* Naturaliter, inquiens, bona ex eo dicuntur: quod beant, hoc eſt, beatos faciunt: beare eſt prodeſſe. in bonis autem noſtris computati

tari ſciendum eſt, non ſolum quæ dominii noſtri ſunt, ſed & ſi bona fide a nobis poſſideantur, vel ſuperficiaria ſint. æque bonis annumerabitur, etiam ſi quid eſt in actionibus, petitionibus, perſecutionibus: nam hæc omnia in bonis eſſe videntur. Plane, ſi uxor rem viri ei cui eam vir commodaverat, ſubripuerit, iſque conventus ſit: ait Paulus, habiturum eum furti actionem, quamvis vir habere non poſſit. *l.* 28. *D. h. t.* nec eſt hæc Pauli definitio a Juſtiniano mutata *l. ult.* §. *ult. C. de furtis.* ſunt enim diverſæ utriuſque ſpecies, & diverſæ rationes: ut bene animadvertit Franciſcus Raguellus, *ad Conſtit. & Deciſ. Juſtiniani* in expoſitione *d. l. ult.* an mutari ab Imperatore debuerit, quod viſum Franciſco Balduino, *Juſtiniano pag.* 188. alia quæſtio eſt.

Promittitur igitur a Prætore actio rerum amotarum, ſi uxor res mariti, aut maritus res uxoris, conſtante matrimonio divortii cauſa amoverit; nec tamen aliter, quam ſecuto divortio: nam id poſtulare Prætorem, tantum quod demonſtratum eſt ex *l.* 25: *D. h. t.* idque, opinor, indigitavit Ulpianus *l.* 11. *d. t. Marcellus*, inquiens, *lib.* 8. *Digeſtorum ſcribit, Sive vir uxorem, ſive uxor virum domo expulit, & res amoverunt; rerum amotarum teneri.* Nam cum ait, *domo expulit*, ſignificat divortium, expulſione de domo fieri ſolitum. Tertullianus *Apologetic. c.* 3. *p.* 40. *Uxorem jam pudicam maritus, jam non Zelotypus ejecit.* Apulejus *lib.* 9. *Metamorph. Piſtor nuncium remiſit uxori, eamque protinus de ſua proturbavit domo.* Et *lib.* 5. in divortio Cupidinis & Pſyches, *Et ſtatim Zephyro præcipit, ultra terminos me domus ejus afflaret.* Libertus de more faciens divortium, ſic ait apud Juvenalem *ſat.* 6. *verſ.* 146.

— — — *Exi*
Ocyus, & propera. — — —

Igitur ut obtineat rerum amotarum actio, non fuit contentus Prætor deſideraſſe, rem mariti conſtante matrimonio ab uxore amotam eſſe divortii cauſa: ſed hoc amplius vult, deinde ſecutum eſſe divortium. alioquin ſi in matrimonio res ſubtraxerit: negat Marcianus marito adverſus uxorem competere rerum amotarum actionem. tantum patitur, eum ipſas res condicere: cauſatus, jure gentium condici poſſe res ab his qui non ex juſta cauſa poſſident *l.* 25. *D. h. t.* Ita conſtante matrimonio rerum amotarum actio in condictionem ſine cauſa, vel quod eodem redit, in actionem in factum convertitur, propter rationem adductam in *l.* 2. *C. d. t.* de qua paulo poſt. Interim ſecundum hæc accipienda eſt nova Juſtiniani deciſio *l. ult.* §. *ult. C. de furtis:* ut ibi bene obſervavit Accurſius.

Porro ait Prætor, *Actionem dabo.* Hæc actio rerum amotarum vocatur a primis Edicti verbis, eſtque in perſonam: pendens quippe a furto, id eſt, ab obligatione ex delicto: eadem actio in *l.* 26. *D. h. t.* appellatur condictio; & eſt in ſimplum: licet alioqnin fur in quadruplum, addo, vel in duplum, condemnetur, ſecundum regulas furti manifeſti aut nec manifeſti: quomodo Ruſſardus Notis marginalibus accepit *l.* 16. *D. d. t.* Sic eſt: rebus divortii cauſa conſtante matrimonio amotis, divortio ſecuto datur a Prætore actio in ſimplum ejus quod amotum ſit: igitur ad rei perſecutionem: licet ex delicto naſcatur *l.* 21. §. 5. *D. eod. tit.* Habet certe & damni rationem & commodi, ſi quod vir rebus amotis amiſit *d. l.* 21. §. 3. & 4. quin ſi mulier res quas amoverit, contumacia ſua non reddat; ait Pomponius, æſtimari debere, quanti vir in litem juraſſet *l.* 8. §. 1. *d. t.* ea ratione, quam adfert Paulus *l.* 9. quod non æquum eſt, invitum ſuo pretio, id eſt, vero pretio, res ſuas vendere. & in *l.* 10. addit Pomponius, ideo nec debere eum pro evictione promittere; quod ex contumacia mulieris id ita acciderit. Sed ut agamus cætera, hæc actio datur, ſequuto divortio *l.* 2. *C. h. t.* & quidem ſtatim, etiam ubi actio rei uxoriæ ad reſtitutionem dotis non datur ſtatim; ſed demum annua, bima, trima, die. hoc vult Paulus *d. l.* 21. §. 3. cum ait, eam damnum repræſentare, etiamſi poſtea dotis exactio competat. repræſentare enim eſt, præſente die ſolvere, ut apud Suetonium *Claudio c.* 34. notavit Caſaubonus. inde repræſentatio, ſolutio ſtatim facienda ſine dilatione § 14. *Inſt. de legatis.* Datur igitur hæc actio ſtatim ſoluto matrimonio; conſtante non datur. tum enim agitur leviore actione, id eſt, actione in factum *l.* 2. *C. h. t.* vel condictione ſine cauſa *l.* 25. *D. eod. tit.* videlicet, quia matrimonio conſtante neque pœnalis, neque famoſa, actio in uxorem vel maritum competit *d. l.* 2. Ergone actionem rerum amotarum dicemus famoſam vel pœnalem? abſit: nam nec condictio furtiva famoſa eſt, licet ex famoſa cauſa pendeat *l.* 36. *D. de oblig. & act.* multo minus pœnalis habenda eſt actio rerum amotarum: cum rei perſecutoria dicatur *l.* 21. §. *pen. D. h. t.* Quid ergo indigitat *d. l.* 2? mihi jam viſum *Julio Paulo c.* 7. ſolum velle; quod cum rebus amotis fiat verum furtum, etſi pudoris cauſa alio nomine utimur; ac furti actio & pœnalis & famoſa adverſus uxorem conſtante matrimonio negatur *l.* 2. *D. h. t. l.* 52. *D. de furtis:* ideo adverſus eam vel hæc denegatur, quæ ut non ſit famoſa, nec pœnalis, tamen famoſam & pœnalem imitatur: nam in quem non datur famoſa actio, adverſus eum ne quaſi famoſa quidem ulla permittitur *l.* 5. *l.* 7. *pr.* & §. 1. *cum ſeqq. D. de obſeq. par. & patron.*

Expoſita natura & ratione actionis rerum amotarum, ultro apparet, cui detur & adverſus quem. cum autem jam conſtet, pendere ab obligatione ex furto: conſequens eſt, inter eas perſonas habere locum, inter quas illa obli-

obligatio eſt nata; ideoque dari marito aut uxori cujus res amotæ ſint, ejuſque heredi defunctum poſt mortem repræſentanti *l.* 21. §. 5. *D. h. t.* ita Paulus *l.* 6. §. 3. *D. eod.* Si, inquit, maritus poſt divortium deceſſerit, heres ejus rerum amotarum judicio uti poteſt.

Eadem ratione datur illa actio adverſus eum qui amovit, ſive maritus, ſive uxor, cum eſſet ſui juris. imo, & ſi filiafamilias res amoverit, ait Paulus *l.* 3. §. 4. *D. h. t.* Melam & Fulcinium exiſtimaſſe, vel in ipſam ob res amotas actionem dari. idemque de filiofamilias cenſet *l.* 6. §. 2. certa ratione; ſiquidem filiusfamilias, ex omnibus cauſis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias poteſt *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Sed de patre quæritur, qui filiam in poteſtate habet: an vel ille de peculio actione teneatur. quærendi cauſa eſt: quod pater actione de peculio tenetur ex contractu filiæ aut filii, ex delicto non tenetur: rebus autem amotis veritate furtum fit *l. pen. D. h. t.* In ea quæſtione Paulus *l.* 3. §. 4. *d. t.* ſic ſcribit: *Si filiafamilias res amoverit, Mela, Fulcinius ajunt, de peculio dandam actionem: quia diſplicuit, eam furti obligari, vel in ipſam ob res amotas dari actionem.* Senſus eſt, ſi filiafamilias res amoverit, Melam & Fulcinium voluiſſe, vel in ipſam ob res amotas dari actionem, vel adverſus patrem de peculio: ſed, ut poſt oſtendetur, tantum utilem & quatenus pervenit. nec obſtare, quod actio rerum amotarum pendeat a furto; cum actio de peculio ſpectet ad contractus: nam diſplicuiſſe, filiamfamilias, propter res amotas, furti obligari. hac igitur ratione rem perinde acceperunt, ac ſi actio rerum amotarum magis ſit ex negotio geſto, quam ex delicto, eoque in peculium condictionem admittat, quatenus ad patrem pervenit: in eaque ſententia etiam Julianum fuiſſe, idem Paulus atteſtatur *l. pen. D. de condict. furtiv.* Proxima fuit Melæ & Fulcinii deliberatio in *d. l.* 3. §. 4. quid juris ſit, ſi pater adjuncta filia de dote agat, quomodo oportere patrem a marito dotem profectitiam repetere, ſupra demonſtratum eſt. ajunt autem, dandam ei actionem ad dotis repetitionem: quamquam non aliter, quam ut filiam, ſi reconveniatur rerum amotarum judicio, in ſolidum & cum ſatiſdatione defendat. Sic, ſi vivat filia. quid, ſi mortua ſit? conſtat, peculium ejus morte extingui, deindeque actionem de peculio tantum intra annum dari. Ait igitur Proculus apud Paulum *d. l.* 3. §. 4. filia mortua, non oportere in patrem rerum amotarum actionem dari, niſi quatenus ex ea re pater locupletior ſit, dolove malo (hoc ex Pomponio ſubjicitur *l.* 4.) fecerit, quo minus ad eum perveniret. imo Papinianus *l.* 5. viva quoque, inquit, filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili judicio petendum eſt. Papinianus non dicit, patrem ob res a filia amotas teneri actione directa de peculio: quia actio rerum amotarum venit ex delicto, cum actio de peculio veniat ex contractu. præterea actio directa non datur, quatenus ad patrem pervenit, ſed quatenus eſt in peculio, etſi ad patrem nihil pervenit ex rebus amotis. placuit tamen Papiniano, patrem utili actione teneri, quatenus perveniet: quia rerum amotarum actio, etſi naſcatur ex delicto, non tamen ſpectat ad pœnam, ſed ad rei perſecutionem: ideoque hactenus quatenus pervenit. quod & probat Ulpianus *l.* 3. §. 12. *D. de peculio.*

Utcumque erit: apparet, actionem rerum amotarum adverſus uxorem dari, ſi amovit res mariti, aut adverſus maritum, ſi amovit res uxoris: & quidem, quod nunc addendum, in ſolidum; nec prodeſſe ei, ſi facere non poſſit. ita Paulus *l.* 21. §. *ult. D. h. t.* & præfatur, id ex furto pendere. Plenius Tryphoninus *l.* 52. *D. de re judic.* Verbis ſequentibus: *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio præcedentis ſocietatis vitæ cauſam habuiſſe, in ſolidum condemnari debet: quoniam ex malo contractu & delicto oritur.* Hac igitur actione is qui amovit, tenetur.

An & heres ejus? nemo dubitat. ſolum quæſtioni eſt, quo modo teneatur. Ulpianus *l.* 6. §. 4. *D. h. t.* ſic ſcribit: *Item heres mulieris ex hac cauſa tenebitur, ſicut condictionis nomine ex cauſa furtiva.* An recte? nam in *l.* 9. *D. de condict. furtiv.* Idem, *In condictione furtiva*, inquit, *non pro parte quæ pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus: pro parte autem heres, pro ea parte pro qua heres eſt, tenetur.* De condictione autem rerum amotarum Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* contra reſcripſerunt. *De rebus quas divortii cauſa quondam uxorem tuam abſtuliſſe proponis, rerum amotarum actione contra ſucceſſores ejus non in ſolidum, ſed in quantum ad eos pervenit; quod ſi res extent, dominii vindicatione uti prohiberis.* Sic vulgo editur. res poſtulat, *uti non prohiberis.* quomodo eſt in quibuſdam libris. Quid dicimus? Ulpianum in *d. l.* 6. §. 4. inter utramque condictionem facere comparationem, ſed aliqualem, non omnimodam: & eſſe ſenſum, Quemadmodum condictio furtiva, ſic condictio rerum amotarum, in heredes competit: certa ratione. illa ratio eſt, quod utraque eſt rei perſecutoria, neutra pœnalis. Hoc fine ſtat utriuſque comparatio: ultra non procedit. Igitur ſi quæratur, quatenus utraque competat adverſus heredem? Jam eſt altera deliberatio: in qua ſequens ponendum eſt diſcrimen: quod condictio furtiva adverſus heredes datur in ſolidum: condictio rerum amotarum non in ſolidum datur adverſus heredes; ſed in hoc tantum, quod ad eos pervenit.

Vidimus prius Edicti caput. quod alterum?

non exſtant verba. ſenſum talem fecit Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. h. t. Qui rerum amotarum inſtituit actionem, ſi velit magis jusjurandum deferre, cogitur adverſarius jurare, nihil divortii cauſa amotum eſſe, dum prius de calumnia juret qui jusjurandum defert.* Sic Ulpianus. at Paulus? ait, actori fuiſſe permiſſum, de quibuſdam rebus probare, de quibuſdam jusjurandum deferre *l.* 14. *D. h. t.* Ego ne illud quidem omitto, quod Ulpianus *d. l.* 11. §. 2. Jurare, inquit, tam vir, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogitur: cum iniquum ſit, de alieno facto alium jurare. Secundum hæc jurare cogitur is qui amoviſſe dicitur; ſed heres ejus qui quæve amoviſſe dicetur, jurare non cogitur. quid ſi quis velit delatum ſibi jusjurandum referre? Ulpianus *d. l.* 11. §. *ult.* non videtur, inquit, Prætor permiſiſſe. & in *l.* 12. ſubjicitur ex Paulo, non magis, quam ſi quis ei qui furti agat, jusjurandum deferat, an ipſe fur ſit. *Deferat* autem, ait Paulus pro *referat:* quomodo in *l.* 24. *D. de jurejurando* Paulus *deferentes* dicit pro *referentes.*

TITULUS III.

De agnoſcendis & alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

Ad primam Tituli partem, *De agnoſcendis & alendis liberis*, in *l.* 4. ſpectat notabile Pauli Fragmentum ex *lib.* 2. *Sententiarum*, per multa ſecula ab Interpretibus Doctis & Claris male intellectum, a me cum locis aliis obſcuris ac difficilibus ante annos tres & vinginti novo plane modo illuſtratum libro ſingulari quem inſcripſi *Julium Paulum, ſive de partus expoſitione & nece apud Veteres:* & veriſſime, ut creditum a Viris Eximiis. Sed quia Ampliſſimo Senatori, Cornelio van Bynkershoek, *Opuſculo De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos*, pridem viſum hujus ſeculi anno decimo nôno, meam ſententiam vocare in dubium; nolui, occaſione præſentis Operum meorum editionis, a me deſiderari quidquam quo Juriſprudentia bona fide adjuvari queat. Amica certe reſponſione (id feci libro nomen) ſerio, ut oportet, contuli utriuſque argumenta: relicto aliis judicio, utrius ſententia plus minuſve ad probabile accedat. & poterant huic fini ſufficere hinc inde dicta. ſed poſtquam placuit Viro Clariſſimo, mihi denuo occurrere novo libro quem *Secundas curas* appellat; habui neceſſe, eum legere, legi autem obiter: non comperiens operæ pretium, ei diu inhærere: minus, aliquid reponere adferenti ſaltem confuſam prioris Opuſculi repetitionem: de cætero nihil novi, præter cavillationes, maledicta, conviciaque ad rem minime facientia. an Viro Docto atque Honorato convenientia, ipſe viderit. ego ſponte ſectanti vana atque inania non invideo integram ſe talibus oblectandi exſatiandique libertatem: ipſe adverſus contumeliam ſecurus: ac malens, animo meo imitandum proponere hoc Pythagoræ dictum apud Ælianum *lib.* 12. *Var. hiſtor. c.* 59. Hominibus duo hæc divinitus data eſſe pulcherrima, veritatem amplecti, & aliis bene facere.

Hæc de priore Rubricæ parte. quod ad cæteras attinet: ſuffecerit inſpectio *l.* 5. *cum ſequentibus* omnium ſenſu ſponte manifeſto. Niſi de liberis ex inceſto, nefario, & damnato complexu natis adhuc notanda ſunt in *Novella* 89. *c. ult.* ſequentia verba: *Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut inceſtis aut damnatis proceſſerit, iſte neque naturalis nominatur, neque alendus eſt a parentibus, neque habebit quoddam ad præſentem legem participium.* Verba hæc eſſe iniqua & crudelia, nedum impia, quis non putat? nam ſi eſt peccatum nefario, inceſto, & damnato coitu, ut negari nequit: non eſt liberorum, ſed parentum peccatum. parentes igitur puniantur noxii: at ne puniantur liberi, infelices quidem, ſed inſontes. interim quam putamus Imperatori fuiſſe rationem aliter ſtatuendi? nulla adfertur, ne color quidem: etſi aliquem habuiſſe, credibile eſt. Cogitent Eruditiores; an voluerit Imperator uno hoc in caſu rurſus permittere jam abrogatum morem exponendi infantes ſanguinolentos: hoc prætextu, quaſi e re publica eſſet, hoc modo expungi memoriam fœdiſſimi ſceleris, & aliis quotidiano occurſu talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum. Mihi hoc incidit. poſſum errare, & cupio diſcere. tu ſi quid noris rectius: doce. habebebo gratias, & habebunt alii.

TITULUS IV.

De inſpiciendo ventre, cuſtodiendoque partu.

In hac Rubrica quæ eſt de inſpiciendo cuſtodiendoque ventre, duplex eſt obſervatio: una ex Reſcripto Divorum Fratrum *l.* 1. *pr. h. t.* altera ex Edicto Prætoris. §. 10. *d. l.* prior permittit marito, ſi mulier, facto divortio, diſſimulet vel neget, ſe prægnatem eſſe,

eſſe, eam evocare ad Prætorem, & poſtulare: ut eligatur domus honeſtiſſimæ fœminæ, in quam mulier veniat; & ibi tres obſtetrices probatæ & artis & fidei, eam inſpiciant: & ſi quidem omnes vel duæ renuncient, prægnatem videri; ei perſuadeatur, ut perinde cuſtodiam admittat, ac ſi ipſa hoc deſideraſſet. Si autem omnes vel plures; non eſſe gravidam renunciaverint; placet, nullam eſſe cuſtodiendi cauſam. Hæc eſt Reſcripti ſumma *l.* 1. Ejus interpretatio ſatis diligens ſubjicitur ex Ulpiano §. 1. *& ſequentibus.*

Altera Tituli ſollicitudo eſt, quemadmodum venter inſpici & cuſtodiri debeat; ſi mulier, marito mortuo, ſe prægnatem eſſe denunciaverit his quorum intereſt propter ſucceſſionem. publice quippe utile eſt, partus non ſubjici, ut ordinum dignitas familiarumque ſalva ſit *d. l.* 1. §. 13. Arbitratus igitur Prætor ad ſuam curam pertinere, etiam huic rei proſpicere, Edicto propoſuit formam qua ventrem inſpici & cuſtodiri oporteat: addita pœna, cauſa cognita, ſi ea forma obſervata non ſit. Edictum extat in §. 10. *d. l.* interpretatio vero §. 11. *& ſequentibus.*

TITULUS V.

Si ventris nomine muliere in poſſeſſionem miſſa, eadem poſſeſſio dolo malo ad alium tranſlata eſſe dicatur.

Soluto matrimonio vel morte vel divortio, cum intelligeretur, prægnatem eſſe mulierem, & æquiſſimum videretur, interim ventris curam geri: placuit Prætori, partum etſi nondum natum, propter ſpem naſcendi, in poſſeſſionem mittere *l.* 1. *D. de ventr in poſſeſſ. mittend.* ſed non eo minus cavere; ne mulier in poſſeſſionem miſſa ventris nomine, ejus providentia abutatur; poſſeſſionem in alium transferens dolo malo. qua de re quæ fuit Edicti forma, videtur ex *Rubrica* & *l.* 1. ita non male repræſentari: *Si ventris nomine muliere in poſſeſſionem miſſa, eadem poſſeſſio dolo malo ad alium tranſlata eſſe dicetur, adverſus eam, eumve in cujus poteſtate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus eum qui per dolum in poſſeſſionem venit, ab ea diſcedere cogam.* Hæc Edicti forma: intellectum datura interpretatio *l.* 1. *&* 2. *h. t.*

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine in poſſeſſione calumniæ cauſa eſſe dicatur.

Non contentus fuit Prætor ſuperiori occurriſſe fraudi mulieris in poſſeſſionem miſſæ ventris nomine: hic etiam remedium dedit alteri. Verba Edicti, prout licuit ex *Rubrica*, & ſubjecta lege §. 2. 3. *&* 4. conjicere, fere talia fuere: *Si mulier ventris nomine in poſſeſſione calumniæ cauſa eſſe dicetur, adverſus eam, quanti agentis intereſt, intra annum quo primum agendi poteſtas erit, actionem dabo. etiam adverſus parentem, ſi per eum factum ſit, ut in poſſeſſionem veniret, actionem dabo.* Ulpianus §. 1. Et hoc, inquit, Edictum ex eadem cauſa proficiſcitur, qua ſuperius: debet enim Prætor, quemadmodum facilis eſt circa bonorum poſſeſſionem dandam mulieri ventris nomine, ita calumniam ejus impunitam non relinquere. Quando autem locum habeat hæc actio; prima indicant Edicti verba: *Si mulier ventris nomine in poſſeſſione calumniæ cauſa eſſe dicetur.* Per calumniam autem in poſſeſſione fuiſſe videtur quæ ſciens prudenſque ſe prægnatem non eſſe, voluit in poſſeſſionem venire §. 2.

Igitur apparet, hanc actionem a Prætore adverſus mulierem dari. ſed Prætor eam pollicetur quoque adverſus parentem; ſi modo per eum factum ſit, ut mulier in poſſeſſionem per calumniam veniret *d. l.* §. 5. *&* 12.

Competit porro hæc actio ei cujus interfuit, mulierem in poſſeſſionem non eſſe miſſam: utputa, vel coheredi ſperanti partum, vel qui ſubſtitutus fuit, vel qui ab inteſtato, ſi partus non fuiſſet, ſuccedere potuit *d. l.* §. 6.

His conſequens eſt, hanc actionem dari, quanti actoris interfuit. *d. l.* §. 4. Intereſſe autem quomodo accipiatur, traditur §. 7. *&* 8. *d. l.*

Nec omittendum fuit, Prætorem hanc actionem dumtaxat intra annum polliceri, ultra non: videlicet, quaſi pœnalem §. 3. *d. l.*

TITU-

TITULUS VII.

De concubinis.

Poſtquam de nuptiis & matrimonio dictum, non debuit ſilentio præteriri concubinatus. nam is matrimonio adeo ſimilis habitus: ut in *l.* 3. *C. de naturalib. liber.* inæquale matrimonium appelletur: & concubina definiatur mulier cum qua vir ſine forma matrimonii conſuetudinem quaſi cum uxore habeat. Ita concubina non eſt uxor, quippe quæ non habetur honore & affectione maritali *l.* 31. *D. de donat. l.* 3. §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ſed in domo nihilominus inſtar uxoris eſt, ab eaque ſola animi deſtinatione diſtinguitur *l.* 4. *D. h. t.* Sed hoc ut plenius intelligatur; ſciendum eſt, duplicem eſſe concubinam: vel enim eſt concubina in ſpecie, vel pellex. hæc corpus miſcet cum viro uxorem habente. illa apud cœlibem uxoris loco in domo eſt ſine nuptiis *l.* 144. *D. de verb. ſignif.* De pellice ita Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* 20. *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non poteſt.* Idem deinde ſtatuit Conſtantinus: moribus ſeculi, nimis aucta illa, ut videtur, mollitie, occurrens Lege ſcripta ad Populum quæ eſt *l. unica C. h. t.* Cæterum hominis liberi ſive cœlibis conſuetudo cum concubina, a Juſtiniano licita appellatur *l.* 5. *C. Ad Senatuſc. Orphit.* non quaſi laudetur: ſed (quod ab Ulpiano obſervatum *l.* 3. §. 1. *D. h. t.*) magis extra pœnam Legis Juliæ relinquatur: ut multa alia, majoris mali evitandi gratia, in republica permitti, notavi ſupra ſub Titulo, *De legibus.* Aliquos torquet hoc Marcelli *l.* 41. §. 1. *D. de ritu nupt. Et ſi qua ſe in concubinatu alterius, quam patroni tradidiſſet, matrisfamilias honeſtatem non habuiſſe dico.* Sed hos ſcire oportet, *honeſtatem* a Marcello ſumi pro dignitate, nec cum infamia committi, ſed cum humilitate: quomodo in §. 4. *Inſt. de public. judic.* & *l.* 38. §. 3. *D. de pœnis.* honeſtiores opponuntur humilibus, & in *l.* 1. §. 1. *D. de effractorib.* plebejis. Eſſet mihi copia, etiam a Petronio aliiſque petere teſtimonia, niſi hæc ſufficerent. tamen non omittam Plinium *lib.* 35. *Nat. hiſt. c.* 35. de pictura ita pulchre ſcribentem: *Semper quidem*, inquit, *honos ei fuit, ut ingenui eam exercerent, mox ut honeſti: perpetuo interdicto, ne ſervitia docerentur.* Secundum hæc igitur Marcello (quod præclare animadvertit Collega meus, Petrus Burmannus V. Cl. quem honoris cauſa appello, *Notis ad Petronium c.* 55. *pag.* 266.) infamis non eſt concubina, quantumvis illi neget dignitatem matrisfamilias: ac juvat Marcellum Ulpianus *l.* 49. §. 4. *D. de legat. lib.* 3. arbitratus, inter concubinam & uxorem, niſi dignitate, nihil intereſſe. quid, ſi hoc Marcello *d. l.* 41. §. 1. placet demum, ſi liberta ſe in alterius, quam patroni, concubinatum tradidiſſet: alioquin per cauſam officii excuſari ab imminutione matronalis honeſtatis. Eſtque ejus obſervationis notabilis hic effectus, quem indicant ſequentia Ulpiani verba *l.* 13. *D. Ad Leg. Jul. de adult. Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit: jure quidem mariti accuſare eam non poterit quæ uxor non fuit; jure tamen extranei accuſationem inſtituere non prohibebitur: ſi modo ea ſit, quæ in concubinatu ſe dando, matronæ nomen non amiſit: ut puta quæ patroni concubina fuit.*

Eſt igitur concubinatus (ut redeam ad propoſitum) licita conſuetudo: præterquam ſi legibus aut moribus juſta ex cauſa prohibeatur. exemplum in Clericis: quibus concubinatum interdicit Juſtinianus *Novell.* 5. *c.* 8. cum cæteris indulgeat: modo una ſint contenti concubina. multitudinem non probat: quin eum qui plures habet, odibilem appellat *Novell.* 18. *c.* 5. Sed non a Juſtiniano cœpit temperamentum circa concubinas. etiam ante obtinuit: & ſunt exempla ſub hoc Titulo complura. Initium ſumam a *l.* 1. §. 3. *h. t.* in qua hæc extant Ulpiani verba: *Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde in filii eſſe cœpit, vel in nepotis, vel contra: non puto eam recte facere: quia prope nefaria eſt hujuſmodi conjunctio, & ideo hujuſmodi facinus prohibendum eſt.* Aliud exemplum accipe ex ſequentibus verbis Ulpiani in *d. l.* 1. §. *ult. Cujuſcumque ætatis concubinam habere poſſe palam eſt: niſi minor annis duodecim ſit.* Nimirum, quia ante annum duodecimum mulier non eſt matura viro: nec ei ante permittitur matrimonium. cur ante permittatur concubinatus? Sed cum quæritur, an in concubinatu eſſe poſſit mulier: una eſt inſpectio, an eſſe prohibeatur. talis venit in hoc Ulpiani *d. l.* 1. §. 2. *h. t. Qui autem damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri; quamvis ſi uxorem eam duxiſſet, teneretur.* Quæſtio eſt, an in concubinatu haberi poſſit adulterii damnata Lege Julia? cauſa quærendi, quod ea Lege prohibetur duci uxor; & qui duxit, pro adultero punitur: ut traditum *l.* 37. §. 1. *D. de minorib. & l.* 9. *C. Ad Leg. Jul. de adult.* quam emendavi & explicui *Dioclet. & Maxim. c.* 16. Quid Ulpianus? putat, adulterii damnatam Lege Julia poſſe in concubinatu haberi: quia Lex quidem prohibet, eam uxorem duci: ſed de concubinatu ſilet. poteſt igitur damnata adulterii in concubinatu haberi ſine metu Legis, ſed in matrimonio haberi non poteſt. Similis eſt dubitatio in hoc Pauli *l. ult. D. h. t. Concubinam ex ea provincia in qua quis aliquid*

admi-

adminiſtrat, *habere poteſt*. Non opus interpretatione: quando Mandatis Principis prohibitum quidem hac in ſpecie reperitur matrimonium: at prohibitus non reperitur concubinatus. Quas dedi ſpecies, fuere mulierum quarum prohibitum erat matrimonium. videamus reliquas. Et quidem Modeſtinus *l.* 34. *D. Ad Leg. Jul. de adult. Stuprum*, inquit, *committit qui liberam mulierem conſuetudinis cauſa, non matrimonii, continet: excepta videlicet concubina.* Modeſtinus non eſt accipiendus de omni libera muliere. ne puta. Clare Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. h. t. Cum Atilicino ſentio & puto, ſolas eas in concubinatu habere poſſe ſine metu criminis, in quas ſtuprum non admittitur.* Attingit tales Ovidius *lib.* 1. *De arte amandi verſ.* 30.

Eſte procul vittæ tenues, inſigne pudoris;
Quæque tegis medios inſtita longa pedes.
Nos Venerem tutam, conceſſaque furta canemus:
Inque meo nullum carmine crimen erit.

Sed quæ illæ? Marcianus *l.* 3. *d. t.* ſic tradit: *In concubinatu poteſt eſſe & aliena liberta & ingenua, & maxime ea quæ obſcuro loco nata eſt, vel quæſtum corpore fecit: alioquin ſi honeſtæ vitæ & ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente non conceditur; ſed neceſſe eſt ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recuſantem ſtuprum cum ea committere.* Locus eſt impeditiſſimus. ſed dicam, quid mihi inciderit, omiſſis quæ ab aliis adferuntur. Primum pro certo ponit Marcianus, libertam propriam a patrono jure ſumi in concubinatum; & ipſe in anteceſſum dixi, eam non amittere dignitatem matrisfamilias. Deinde ait Marcianus, & alienam libertam poſſe in concubinatu haberi; ſed puta cum hoc diſcrimine, quod iſta non retinet honeſtatem matrisfamilias. Poſtremo refert, & ingenuam mulierem jure licito accipi in concubinatum: non quidem omnem, ſed obſcuro loco natam, vel quæ quæſtum corpore fecit. Qua ratione? quia tam huic, quam libertæ, licuit apud Ædiles profiteri artem meretriciam, evitandæ pœnæ adulterii aut ſtupri gratia. quid ni igitur in concubinatu utraque habeatur ſine metu criminis: facile obtinente ratione, ei cui plus indulgetur, etiam quod minus eſt, concedi. Sed in muliere honeſtæ vitæ & ingenua aliter, opinor, fuit propter Senatuſconſultum quo etiam honeſtioribus fœminis impudicitiam palam profitentibus, inter cætera cautum fuiſſe, (præter Suetonium *Tiberio c.* 35. & Papinianum *l.* 10. §. 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.*) memorat Tacitus *lib.* 2. *Annal. c.* 85. *Ne quæſtum corpore faceret cui avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuiſſet.* Secundum hoc igitur Marcianus, *Si*, inquit, *honeſtæ vitæ & ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente non conceditur.* Marcianus ſignificat, nemini concedi, puto, Senatuſconſulto quo de monui, mulierem ingenuam honeſtæ vitæ, id eſt, mulierem non humilem, ſed cujus avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuit, domi continere conſuetudinis cauſa, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente, id eſt, ſine matrimonio; ſive palam coram vicinis aut aliis teſtibus non declarato, ſe illam domi habere liberorum procreandorum gratia: id enim hac loquendi forma indigitari, & inter impares perſonas obſervari, demonſtravi jam ſupra ſub Titulo, *De ritu nuptiarum.* idemque ſequente verſu fortiſſime evincit hæc Marciani ſive illatio ſive concluſio: *Sed neceſſe eſt ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recuſantem ſtuprum cum ea committere.*

LIBER VIGESIMUSSEXTUS.

TITULUS I.

De tutelis.

TUTELA qua de acturus ſum hoc & ſequente libro, a tuendo dicta eſt. Tueri autem Varro *lib.* 6. *De ling. Latin.*) ait, duo ſignificare: unum ab adſpectu: alterum a curando ac tutela: ut cum dicimus, bellum tueor, & tueri villam: a quo etiam quidam, ſic pergit, dicunt illum qui curat ædes ſacras, Æditum, non Æditimum. ſed tamen hoc ipſum ab eadem profectum eſt origine: quod quem volumus domum curare, dicimus, tu domi videbis, ut Plautus, cum ait, Intus para, cura, vide, quod opus fiat. Tueri ergo eſt videre, item ſervare, curare, cuſtodire, defendere: ut & Nonius probat. Inde tutores quaſi tuitores, ſeu defenſores appellantur. tutela vero defenſionem, curam, conſervationemque notat. Hoc ſenſu ſumitur in illo Horatii *lib.* 2. *Sat.* 2.

— — — *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Hæc lata & naturalis tutelæ ſignificatio eſt. at ſtrictius ſumitur in Jure Civili: ibi definitur a Servio apud Paulum *l.* 1. *D. h. t. Vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum qui,*

Digitized by Google

propter ætatem, ſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa. Primum ait Servius, quod tutela eſt *vis ac poteſtas.* & eſt frequens hæc conjunctio verborum idem ſignificantium. Apud Tacitum *lib.* 2. *Hiſtor. c.* 29. *Honor imperii penes Titianum fratrem: vis ac poteſtas penes Proculum Præfectum.* A. Gellius *lib.* 5. *Noct. Attic. c.* 19. ait, Tutoribus in pupillum eſſe *auctoritatem poteſtatemque.* Deinde ait Servius, *In capite libero:* id eſt, in pupillo. Vidit Cornutus, aut quiſquis fuit Vetus Perſii Interpres, ad illum verſum, *Magni pupille Pericli:* ſic ſcribens, *Tutores dicunt pupillos ſuos, quorum tutelam gerunt: quod tutela ſit poteſtas in pupillos, auctore Servio Sulpitio.* Nec reſiſtit loquendi forma, *In capite libero.* eſt enim par hæc Legis XII Tabularum apud Ciceronem *lib.* 2. *De inventione c.* 50. *Si furioſus eſt, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Apud Gellium quoque *d. c.* 19: *Uti vitæ neciſque poteſtas in eo ſiet, uti patri endo filio eſt.* Eſt igitur tutela vis ac poteſtas in capite libero, id eſt, pupillo. Dicitur autem *caput liberum* apud Veteres pro homine libero: ut in hoc Gellii *d. loc. Tutoribus in pupillos tantam eſſe auctoritatem poteſtatemque, fas non eſt, ut caput liberum fidei ſuæ commiſſum alienæ poteſtati ſubjiciant.* Nec aliter Ulpianus *tit.* XI. §. 5. *Qui,* inquit, *liberum caput mancipatum ſibi vel a patre, vel a coëmptore manumiſit, per ſimilitudinem patroni tutor efficitur.* Ait porro Servius, *Ad tuendum eum.* Grammatice dicendum erat, *ad tuendum id.* Sed non eſt inſolens Veteribus, in ſermone facere relationem ad verborum ſenſum, non ad verba quibus is ſenſus continetur. id ſuis exemplis oſtendi *lib.* 1. *Obſerv. c.* 4. *in fin.* Senſus igitur Servii eſt: Tutela eſt vis ac poteſtas in homine libero, ad tuendum eum qui per ætatem ſe defendere non poteſt. Ita cenſeo, & explicandum Servium ex uſu ſui temporis: quo tutela pupillorum a tutela muliebri per ætatem diſtinguebatur: ut in hoc Ulpiani, *Tit.* XI. §. 1. *Tutores conſtituuntur tam maſculis, quam feminis, ſed maſculis quidem impuberibus dumtaxat propter ætatis infirmitatem: feminis autem tam impuberibus, quam puberibus & propter ſexus infirmitatem, & propter forenſium rerum imperitiam.* Ab eadem cauſa etiam Servius ſimpliciter dixit, *propter ætatem:* nec addidit *impuberem:* quia quo tempore florebat Servius, nemo, præter pupillum, id eſt, impuberem patremfamilias, propter ætatem defenſorem accipiebat: ne minor quidem pro tuendis ejus bonis: minoris cura propter ætatem tum adhuc incognita, & diu poſt inventa demum a Divo Marco: ut ſuo loco dicetur. Nec tamen nego, eſſe differentiam inter tutelam & curam. nam curator in primis datur puberi, ſed minori viginti quinque annis, datur etiam majori, ſed animi aut corporis vitio laboranti. tutor autem impuberi tantum datur *l.* 3. *D. h. t.* præterea datur curator bonis præſertim; tutor perſonæ præficitur §. 4. *Inſt. Qui teſtam. tutor. dari poſſ.* §. 2. *Inſt. de curatorib.* Inde libera eſt minoris perſona *l.* 20. *D. de ritu nupt. l.* 8. *C. de nuptiis.* pupilli non eſt. Ab hac cauſa Poppæa (ut refert Tacitus *lib.* 14. *Annal. c.* 1.) Neronem vocat pupillum: qui juſſis alienis obnoxius, non modo imperii, ſed libertatis etiam, indigeret. Sic quantum ad minoris perſonam attinet: nam ad bonorum adminiſtrationem reſpicientibus poſt Conſtitutionem D. Marci, de qua poſtea, ſub curatore conſtitutus, non abſimilis habetur prodigo cui curatore dato a Prætore bonis interdictum eſt *l.* 3. *C. de in integrum reſtit. minor.* quum ſine curatore agens, dicatur paterfamilias pubes ſuæ poteſtatis *l.* 43. *D. de oblig. & act.* vel ſui juris *l.* 20. *D. de novation.* Poſtrema definitionis verba, *Jure civili data ac permiſſa*, indicant, tutelam, cum originem habeat a jure naturali volente, eum qui non ſit perfectæ ætatis, alterius tutela regi §. *pen. Inſt. de Atiliano tutore.* formam certam jure civili, id eſt, Prudentum diſputatione *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris*, accepiſſe. Sic mihi videtur; & meminit formæ antiquitus conſtitutæ Ulpianus *l.* 5. §. 7. *D. de adminiſtratione tutorum.*

Hæc tutela Juſtiniano *l.* 52. *C. de Epiſcopis & Clericis* eſt triplex: teſtamentaria, legitima, & dativa. eo quod tutela aut teſtamento, aut lege, aut a Magiſtratu defertur. Poteſt tamen tutela etiam ſcindi in partes duas: ut altera ſit legitima, altera dativa *l. ult. C. de legitim. tut.* Sed dativa hoc modo eſt rurſus vel teſtamentaria, vel Atiliana. nimirum legitimos tutores nemo dat, ſed Lex XII Tabularum eos fecit tutores *l.* 5. *D. de legitim. tutor.* at teſtamentarii tutores, (ut Ulpianus ſcribit *tit.* XI. §. *teſtamento quoque*) dativi ſunt: nec minus a Prætore dati eo nomine veniunt *d. l.* 52. *d. l. ult. l.* 7. *D. Rem pupilli ſalv. for.* quamquam & Atiliani vocentur in *pr. Inſt. de Atilian. tutor.*

TITULUS II.

De teſtamentaria tutela.

Prima cauſa eſt tutelæ teſtamentariæ. quam ex Duodecim Tabulis ad hunc modum repræſentat Ulpianus *tit.* XI. §. 5. *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave rei ſuæ, ita jus eſto.* Mihi vero proclive eſt, credere verba, *ſuæ rei*, non eſſe Legis, neque Ulpiani: ſed alicujus Studioſi juris: qui ad marginem ſui libri annotaverat, partem Legis alibi (ut apud Pom-

Pomponium *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione*, & Juſtinianum in *pr. Inſt. de lege Falcidia*) hac prodi forma: *Uti legaſſit ſuæ rei.* eaque deinde errore Librarii irrepſiſſe in contextum. eſt enim certus auctor Paulus *l.* 53. *D. de verbor. ſignific.* Legem dixiſſe, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua.* auſim igitur Legem ſic reſtituere. *Paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua, ita jus eſto.* Sic conjeci *lib.* 2. *Obſerv. c.* 19: & optimo Pauli teſtimonio, ſimul argumentis ad probationem indubitatis; quæ hic repetere, nihil attinet.

Igitur veniam ad interpretationem Legis: ſecutus partitionem Modeſtini in *l.* 1. §. 1. *D. de confirmando tutore:* dicentis, eſſe tutores, qui in teſtamento recte dantur: hoc eſt, a quibus oportet, & quibus oportet, & quo modo oportet, & ubi oportet. Primum dicam, a quibus, & quibus tutorem dari oporteat. Is qui tutorem dat, eſt paterfamilias. ſic enim ſonant Legis verba, *Paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua.* Pater autem familias, ut Ulpianus ait *l.* 195. §. 2. *D. de verborum ſignificatione*, eſt qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet. non enim ſolum perſonam ejus, ſed & jus demonſtramus.

Is paterfamilias ex permiſſu Legis tutorem dat liberis ſuis; non indiſtincte quidem omnibus; ſed demum his qui ei ſint ſui heredes tempore mortis. ſic definivit Q. Mucius *libro ſingulari ὅρων*; & convenienter Legi XII Tabularum. verba Q. Mucii in *l.* 73. §. 1. *D. de regulis juris* hæc ſunt. *Nemo poteſt tutorem dare cuiquam, niſi ei quem in ſuis heredibus, cum moritur habet, habiturusve eſſet, ſi vixiſſet.* Hoc qua ratione factum ſit, hactenus nemo demonſtravit; & Lex ſimpliciter ait, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua.* Mihi in rationem inquirenti hæc ſuccurrit *d. c.* 19. *lib.* 2. *Obſerv.* quod pater & filius in ejus domo & poteſtate exiſtens, pro una perſona habentur jure civili: uſque adeo, ut filius, vivo patre, cum eo quodammodo dominus intelligatur, & poſt ejus mortem non tam hereditatem percipere, quam jam liberam bonorum adminiſtrationem conſequi. id docet Pomponius *l.* 11. *D. de liberis & poſthumis:* nec minus Lactantius, *lib.* 4. *Divin. Inſt. c.* 29. *Cum quis*, inquiens, *habet filium quem unice diligit, qui tamen ſit in domo & manu patris, licet ei nomen domini poteſtatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Hanc patris & filii, qui in ejus familia & poteſtate ſit, unitatem Lex indigitat; cum ait, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua.* eaque, opinor, fit: ut poſſit quidem pater liberis ſuis impuberibus, ſed non aliis, quam qui ei ſint ſui heredes, teſtamento tutorem dare: eo quod Lex ei permiſit, de pecunia tutelave ſua legare.

Ex hoc fonte Gajus *l.* 1. *pr.* & §. 2. *D. h. t.* ait, parentibus Lege XII Tabularum permiſſum eſſe liberis ſuis, ſive feminini, ſive maſculini ſexus, ſi modo in poteſtate ſint, tutores teſtamento dare: idque verum eſſe in filiis & filiabus omnimodo: in nepotibus vero & neptibus ita demum, ſi poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Et recte: nam ubi filius gradu præcedit, ſolus habet jura ſui heredis, quamvis nepos quoque in eadem poteſtate ſit. ſed ſi filius vivo avo moriatur, aut alia qualibet ratione de poteſtate ejus exeat, incipit nepos in ejus locum ſuccedere, & eo modo jura ſuorum heredum quaſi adgnaſcendo nanciſci.

Igitur effectum eſt; patri competere tutoris dandi facultatem: modo eum det eis quos, ut monui ex Q. Mucio, in ſuis heredibus, cum moreretur, habuit; aut habiturus eſſet, ſi vixiſſet. nec eſt dubium, quin poſtremis Q. Mucii verbis poſthumi deſignentur. alioquin poterat ambigi, an nondum natis jure tutor a patre daretur: quia poterat quæri, an qui nondum eſſent nati, patri, cum moreretur, eſſent ſui heredes. Sed placuit Q. Mucio, poſthumo tutorem dari: modo, ut Gajus ait, in ea cauſa ſit, ut natus vivo patre, in ejus poteſtate futurus, neque teſtamentum rupturus eſſet *d. l.* 1. §. 1. id eſt, ſi vel heres eſſet inſtitutus, vel rite exheredatus: tum enim non rumpi teſtamentum, conſtat. Cæterum cur æque poſthumo, ac jam nato, tutor dari poſſit, ratio hæc eſt: quod tutela ad pupilli utilitatem ſpectat §. 4. *Inſt. de tutelis.* in eo autem qui in utero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quoties de commodo ipſius partus quæritur; quamquam alii, antequam naſcatur, nequaquam prodeſt *l.* 7. *D. de ſtatu hominum. l.* 231. & *l.* 161. *D. de verbor. ſignif.* Datur igitur poſthumo tutor; non tamen ut pupillo jam nato, ſed ut poſthumo naſcituro. & eſt ejus diſtinctionis effectus: ut tutela pendeat uſque ad nativitatem poſthumi: tamdiu incerto, utrum futura ſit e re poſthumi. ita, ſi incolumis naſcatur poſthumus, locum habet tutelæ actio; ſin mortuus prodeat, tantum negotiorum geſtorum, non tutelæ, actio competit *l.* 19. §. 2. *D. h. t. l.* 29. *D. de negotiis geſtis.*

Hoc loco & illa occurrit quæſtio: utrum tutor teſtamento detur filio tantum heredi inſtituto, an etiam exheredato. ea autem quæſtio huc exit: an filius exheredatione deſinat patri eſſe ſuus heres? quod non puto: ſive ad definitionem ſui heredis, ſive ad ejus jus, ſpecto. Primum quod ad definitionem attinet: conſtat, eum qui in domo & familia patris eſt gradu proximus, ſuum heredem appellari §. 2. *Inſt. de hered. qualit. & differ.* quin autem in patris poteſtate, eo vivo, ſit filius exheredatus, vix dubitari poteſt; ſiquidem exheredatio non eſt modus ſolvendæ

patriæ poteſtatis. imo ne vim quidem habet, vivo patre. fit enim teſtamento: quod demum morte, & ſubſecuta aditione, confirmatur. Igitur quamdiu vivit pater, tamdiu filius, quamvis exheredatus, in ejus poteſtate eſt: nec minus in familia gradu proximus habetur: quia in ea nemo eum antècedit; & hoc ut ſuus heres ſit, ſufficit. Satis de definitione. Venio ad effecta. Primum verum eſt, exheredatum filium tempore paternæ mortis obſtare nepoti ex ſe nato, quo minus ad avi hereditatem admittatur, & ejus teſtamentum rumpat veluti adgnatione *l.* 6. *pr. D. de injuſto, rupto, irrito facto teſtam. l.* 9. §. 2. *D. de liberis & poſthum. l.* 4. §. 2. *D. de bonor. poſſeſſ. cont. tabul.* quid autem certius, quam fuiſſe nepotem in locum patris ſui venturum, ſi propter exheredationem, ſuus eſſe deſiiſſet? Deinde conſtat, filio exheredato, perinde ut inſtituto, pupillariter ſubſtitui §. 4. *Inſt. de pupill. ſubſt.* nec tamen poteſt aliis pupillariter ſubſtitui, quam ſuis heredibus. Aliquis contra moveat, exheredati jus abſciſſum eſſe, ipſum pro mortuo haberi, & cum heres non ſit, ne ſuum quidem heredem exiſtere *l.* 1. §. 10. *D. de ſuis & legitim. heredib. l.* 1. §. 5. *D. de conjungend. cum emancip. liber. ejus. l.* 9. §. 2. *D. de liber. & poſthum. hered.* Sed videamus: ne hæc contingant a morte patris, atque adita hereditate. ut autem filius patris teſtamento accipiat tutorem; ſufficit, eum patri ſuum heredem tempore mortis fuiſſe: ut ſupra probatum. Mitto argumenta; quid enim his opus? clare Papinianus *l.* 26. §. 2. *D. h. t.* Ecce: pater filio exheredato dedit tutorem, patre mortuo, & hereditate ex teſtamento adita; quæſitum eſt, quo auctore debeat filius experiri, moturus querelam de inofficioſo; utrum legitimo tutore, an teſtamentario? non enim videbatur teſtamentario eſſe locus, quamdiu reſcindi poterat teſtamentum: nec magis legitimo, quamdiu ſpes erat, teſtamentarium fore tutorem, confirmato teſtamento. ita quia poterat fieri; ut reſcinderetur teſtamentum; etiam, ut non reſcinderetur: in hoc incerto fuit optimum factu, tutorem teſtamento datum, a Prætore confirmari: ut auctoritatem de ordinanda lite interim interponat, tamquam ſi eſſet tutor juſtus: & deinde èventus finiat, utrum ex patris teſtamento, an ex Prætoris decreto auctoritatem interpoſuerit, prius eveniet, ſi pro teſtamento pronuncietur adverſus filium: poſterius, ſi pro filio pronuncietur adverſus teſtamentum. quod ſi eſt: apparet, confirmato teſtamento, ſupervacuum eſſe Prætoris decretum, & tutorem vel exheredato filio patris teſtamento recte datum fuiſſe. Sed incurrit duplex difficultas: una a *l.* 4. *h. t.* altera a *l.* 53. *D. de verborum ſignificatione.* De poſteriore in ſequentibus agam ſuo loco. quod vero ad priorem attinet: in ea tenendum eſt, deſumptam eſſe ex Modeſtini *lib.* 7. *Differentiarum:* ab eoque duplicem indicari differentiam inter tutorem a patre & tutorem a matre datum. una eſt: quod pater tutorem dat filio tam exheredato, quam inſtituto. mater contra tutorem dat filio tantum heredi inſtituto, non etiam exheredato. & rationem addit Modeſtinus: quod mater filio dat tutorem magis in rem, quam in perſonam. pater magis in perſonam, quam in rem. altera differentia eſt: quod oportet inquiri in tutorem a matre datum: nempe, quod a matre datus, non jure datus eſt. & tamen conceditur pietati matris tutorem dantis filio inſtituto; ut tutor datus a Prætore confirmetur: etſi non ſine inquiſitione in ejus mores & facultates. quod non ita eſſe in tutore a patre dato, quamvis minus jure, bene obſervat Modeſtinus. dicit autem, tutorem non jure a patre datum: non, ſi ſit exheredato datus: (nam contrarium eſt demonſtratum) ſed ſi datus ſit non juſto, id eſt, non ſolemni, teſtamento, aut non ut Lege præcipiebatur *l.* 3. *D. de confirmando tutore*, cujus complura exempla idem dat Modeſtinus. *l.* 1. §. 1. *D. eod. tit.* igitur a patre datus tutor non jure, ſine inquiſitione confirmatur; niſi ſi cauſa propter quam datus videbatur, in eo mutata ſit, veluti ſi ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus ſit. Cæterum ſi apparet, duraſſe voluntatem patris: nihil ultra inquiritur.

Vult ergo Lex, patremfamilias demum liberis impuberibus, qui ei ſui heredes ſint, vel ſi vixiſſet, futuri eſſent, tempore mortis, in teſtamento tutorem dare. quod ſi eſt; apparet, in patre qui velit filio emancipato tutorem dare, itemque in matre, patruo, patrono, & extraneo quolibet, aliter obſervari *l.* 69. §. 2. *D. de legatis lib.* 2. Illud non omittam; quod Lex permittens, tutorem teſtamento dari ſuis heredibus, tantum ipſis dari permittit, non ipſorum bonis, ſive rebus aut cauſis: propterea quod dixit, *Uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua:* non, *ſuper pecunia tutelave ſuæ rei;* ut in anteceſſum demonſtravi. Atque hoc adeo placuit: ut tradita ſit quaſi per manus regula *l.* 12. 13. 14. *&* 15. *D. h. t. Certarum rerum vel cauſarum teſtamento tutor dari non poteſt.* Et additur. *Nec deductis rebus:* per interpretationem nempe, quaſi adſcriptæ non eſſent. Ergo ſequitur: *Et ſi datus fuerit, tota datio non valebit: quia perſonæ, non rei vel cauſæ datur.* Sed obſervandum, quod ſubjicitur: *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ: utilis datio eſt.* Qua ratione: *Hoc enim jure utimur.* Notanda hæc loquendi forma elegans & frequens apud Veteres: cum ſignificant, aliquid placuiſſe quidem certa juris regula: ſed poſt multas variationes uſu, tandem contrarium obtinuiſſe. animadverti hoc cum *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. *&* 3. tum alibi ſæpe.

Dixi

Dixi a quibus & quibus debeat tutor dari. porro dicam, quo modo eum dari oporteat. Ait Lex, *Uti legaſſit*. Eſt autem *Legatum*, ut Ulpianus interpretatur in *Fragm. tit.* 24, quod legis modo, id eſt, imperative teſtamento relinquitur: & addit Ulpianus, ea quæ precativo modo relinquuntur, fideicommiſſa vocari. Secundum hoc debet tutor a patre verbis directis & imperativis dari hoc modo, Tutor eſto, vel Tutorem do. Quod ſi precariis verbis uſus ſit, non valet: quia Lex dixit, Uti legaſſit non, Uti rogaſſit. *Uti* porro verbum late patet: uti enim eſt, quocumque modo. Vidit Pomponius *l.* 120. *D. de verb. ſignif.* ſic ſcribens: *Verbis Legis* XII *Tabularum bis*, Uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, *latiſſima poteſtas tributa videtur & heredes inſtituendi & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. ſed* (quod addit Pomponius) *id interpretatione coanguſtatum eſt vel legum, vel auctoritate jura conſtituentium.* De utraque re pauca quæ occurrunt, attingam. Quod ad Legis latitudinem attinet: hanc animadverti partim in perſonis quæ tutores dantur, partim in conſtituendi forma & modo. De perſonis Paulus *l.* 20. §. 1. *D. h. t.* Teſtamento, inquit, quemlibet poſſumus tutorem dare, id eſt, non modo agnatos, aut gentiles, ſed etiam cognatos: imo alium quemlibet extraneum: ſive privatæ conditionis, ſive Prætor, ſive Conſul ſit: & rationem hanc addit, quia Lex XII Tabularum id confirmat, id eſt, quia ſine diſtinctione jubet, uti legaſſit, ita jus eſſe. Similiter quæſitum fuit, an non ejuſdem civitatis cives teſtamento quis tutores dare poſſit? & reſpondit Paulus, poſſe *l.* 32. *D. h. t.* nempe quia & hoc ſinunt lata Legis verba, *Uti legaſſit*. Præterea ait Juſtinianus, quod tutor dari poteſt non ſolum paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias *pr. Inſt. Qui teſt. tut. dar. poſſ.* tam enim hic, quam ille, latitudine Legis continetur. Eadem ratione placet, quod Ulpianus *l.* 16. §. 3. *D. h. t.* ſcribit, Si teſtamento tutor detur furioſus, ſi quidem, Cum furere deſierit, tutorem eſſe recte datum, Proculum exiſtimare. quod ſi pure datus ſit: negare Proculum, valere dationem. Sed eſſe verius, quod & Pomponius ait, recte datum videri, & tunc fore tutorem, cum ſapere cœperit. quid ſi furor ſit tantus, ut tolli nequeat? adhuc jure datus eſt tutor: ſed quia in morbum ſonticum abit furor; æquum eſt, remittere officii qualiſcumque neceſſitatem *l.* 39. §. 1. & *l.* 46. *D. de judiciis.* Non minus obſervatur latitudo verborum, *Uti legaſſit*, circa modum & formam dandi tutoris. nam ne hic quidem diſtinguit Lex: ab hac igitur cauſa Ulpianus in *l.* 8. §. 2. *D. h. t.* Tutorem, inquit, & a certo tempore dare, & uſque ad certum tempus licet; & ſub conditione, & uſque ad conditionem. Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* addit; etiam ante heredis inſtitutionem dari: & de eo, inquit, non dubitari; ac forte poſſit pro ratione cedere; quod in hunc modum ſcribit Paulus *l.* 7. *D. h. t. Tutores non ab herede, ſed a teſtatore potius proficiſcuntur, ſimul atque aliquis heres extitiſſet. nam & ipſe heres tutor dari poteſt; & poſt mortem heredis tutor recte dari poteſt.*

Indicavi, quantum propoſito ſufficit, latitudinem Legis. nunc paucis agam, quemadmodum ſit coanguſtata. igitur etſi ampliſſima ſint Legis verba, *Uti legaſſit*: placet tamen, ſolos dari tutores, cum quibus eſt teſtamenti factio *l.* 21. *D. h. t.* imo vel ab his excipitur Latinus Junianus. nam is habet quidem teſtamenti factionem: ſed tamen tutor dari non poteſt; quia Lex Junia prohibet: auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* XI. §. 16. Poſſit quoque huc trahi quod ex *lib.* 3. *Regularum* Neratii ita legitur in *l. ult. D. de tutelis*, Fœminæ tutores dari non poſſunt: quia id munus maſculorum eſt: niſi a Principe filiorum tutelas ſpecialiter poſtulent. Præter hæc viſum Veteribus, ea verba, *uti legaſſit*, ſic accipere, quaſi dixiſſet Lex, uti certo conſilio legaſſit. & eſt cauſa interpretationis: quod æquum creditum eſt, quem certo judicio pro tutela ſuæ poſteritati cavere §. 27. *Inſt. de legatis.* inde obtinuit, certum tutorem dari, incertum non dari. *l.* 20. *D. h. t.* Ulpianus *d. tit.* XI. §. 14. ait, tutorem nominatim teſtamento datum, Lege XII Tabularum confirmari. igitur fac: duo ſunt Titii, pater & filius: tutor datus eſt Titius, nec apparet de quo ſenſit teſtator. uter datus eſt? ait Paulus *l.* 30. *D. h. t.* eum datum eſſe, quem dare ſe teſtator ſenſit: ſi id non apparet, non jus deficere, ſed probationem. igitur neutrum eſſe tutorem. Aliquis dicat, obſtare *l.* 8. §. 3. *D. de legatis lib.* 2. Sed non obſtat: nam eſt in hac caſus alius, quam in *d. l.* 30. Id apparebit propoſito caſu: qui eſt talis. Titio relictum eſt legatum. duo ſunt Titii: uterque amicus teſtatori. dubitatur, utri debeatur. heres ultro paratus eſt, ſolvere legatum ad cujus ſolutionem jure non poterat cogi, propter incertum. unum poſtulat: ut conveniat inter eos, utri potius ſolvere debeat. Hic ait Paulus, ſi uterque velit heredem defendere adverſus alterum: eſſe heredis electionem, a quo potius defendi velit. Fuit & alia ratio coërcendæ Legis amplitudini quam obſervat Marcianus *l.* 112. §. 3. *D. de legatis lib.* 1: *Si quis*, inquiens, *ſcripſerit teſtamento fieri quod contra jus eſt, vel bonos mores: non valet: veluti, ſi quis ſcripſerit contra leges aliquid, vel contra Edictum Prætoris, vel etiam turpe aliquid.* Idem eſt, ſi quid pupilli utilitate refutetur. & ſunt exempla in *l.* 5. §. 7. §. 8. & §. 9. *D. de adminiſtratione tutorum.* Plus notandum eſt, patri a Lege quidem permitti, tutorem dare ſuis heredibus: ſed ad quod tempus permittat, non dici. eſt igitur, quod ad verba attinet, infinita patri poteſtas hac in parte: nullo in Lege veſtigio

ætatis qua tutelæ datio circumſcribatur, aliquis dicat, hoc intelligi ipſo tutelæ ſono. Sed jam ſupra monſtravi, illo verbo quamcumque indigitari defenſionem non modo impuberum, ſed furioſorum quoque & prodigorum. malim igitur, vel hac parte a Juriſconſultis eſſe Fori diſputatione coanguſtatam dandæ tutelæ amplitudinem, quaſi ex Legis ſententia: eo quod ſobriis ſeveriſque moribus in illa ſeculi paupertate, crederentur homines ſuæ tutelæ poſt pubertatem ſufficere. quamquam ne pubertas quidem quando maſculis contingeret, niſi ſero, convenit: nota ex Ulpiano *tit.* xi. §. 28. de hac Sabinianorum & Proculejanorum pugna: donec cum ab aliis, tum ab Ulpiano *l.* 5. *D. Qui teſtam fac. poſſ.* itum fuit in ſententiam Proculi, pubertatem ſolis annis æſtimantis. Imputemus igitur interpretationi Juris Civilis, quod Imp. Juſtinianus §. 3. *Inſt. de tutelis* ſcribit, Permiſſum eſſe parentibus, liberis impuberibus quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare.

Dixi de modo dandi tutoris. ſequitur, ubi detur. ait Lex: *Super pecunia tutelave ſua.* Lex pecuniam dixit pro hereditate. quomodo in *Topicis c.* 8. Cicero, *Hereditas*, inquit, *eſt pecunia.* Porro non ſimpliciter ait Lex, *Super pecunia ſua*: ſed *ſuper pecunia tutelave ſua.* At hoc quomodo accipimus? nam ſæpe ita comparatum eſt: ut conjuncta pro disjunctis, & disjuncta pro conjunctis accipiantur. ſed viſum Paulo *l.* 53. *D. de verborum ſignificatione* Legis verba conjunctim exaudire: hoc addito, quod cum dicitur, *Super pecunia tutelave*, tutor ſeparatim ſine pecunia dari non poteſt. Sed id quoque quid ſignificet, in quæſtione eſt: putante Hotmano, V. Cl. *lib.* 6. *Obſerv. c.* 5, eſſe Pauli ſenſum, tantum tutorem dari filio heredi inſtituto, non etiam exheredato. Sed fallitur Hotmanus. nam res aliter ſe habet: & Paulus, cum negat, tutorem ſeparatim dari ſine pecunia: voluit, tutorem non alibi dari, quam ubi datur hereditas, quam Lex pecuniæ appellatione indigitavit. atque hoc ſi eſt: apparet, quod Lex xii Tabularum noluit, tutelam alibi dari, quam in teſtamento: in quo ſolo hereditas datur. Utique indubitati juris eſt, neque per epiſtolam, neque ex imperfecto teſtamento, tutorem recte dari *l.* 2. *C. de confirmando tutore.* Huc igitur redit Pauli ſenſus; ne valeat tutelæ datio, niſi ſi teſtator ſimul de tutela, & de pecunia, id eſt, de hereditate, ſua diſponat: hoc eſt, non alias, quam ſi tutorem det in juſto teſtamento; ubi hereditatem dari oportet. idque jam probat Gajus *l.* 1. *D. h. t.* & Modeſtinus *l.* 1. §. 1. *D. de confirm. tutor.* Plane ut tutores codicillis dati, pro non jure datis habeantur *l.* 3. *D. d. t.* dati tamen in codicillis, teſtamento confirmatis, perinde accipientur, ac ſi teſtamento dati ſint *l.* 1. §. 1. *D. d. t.* Sic ex vetere rigore. qui an ſublatus ſit a Juſtiniano in *l.* 21. §. 1. *C. de teſtamentis*, forte aliquis dubitet. Sed ego illi qui ſic cenſeat, non aſſentiar: animadverſo, parentum voluntatem ea lege ex imperfecto teſtamento inter liberos ſervari quidem circa bona, de quibus nominatim loquitur; ſed non etiam circa tutelas liberorum aliis a parentibus datas: nam de his altum in ea ſilentium. proinde quod de illis dictum, id quomodo ad has porrigatur, non intelligo: cum præſertim ſolent leges novæ, jus vetus emendantes, etiam ſtricte accipi.

Nunc videamus, quid ſibi velit Lex, cum ait, *Ita jus eſto*; vel, ut Juſtinianus *Novell.* 22. *c.* 2. vertit, *Lex ſit.* puto autem, reſpicere ad effectum tutoris teſtamento dati: eumque effectum eſſe: ut voluntas patris pro lege obſervetur. modo ſit jure datus tutor; qui demum teſtamento datus intelligitur *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* niſi hoc quoque deſideratur: ut adita ex teſtamento ſit hereditas *l.* 9. & 10. *D. h. t.* Ut ut erit: placet, quod Modeſtinus *l.* 1. §. 1. *D. de confirmando tutore* ſcribit, recte datos tutores ſecundum teſtamenta, nulla indigere Prætoris confirmatione. Nec minus, quod Paulus *l.* 7. *D. h. t.* Tutores, inquit, non ab herede, ſed a teſtatore protinus proficiſcuntur, ſimul atque aliquis heres extitiſſet. Ita pro lege habetur teſtatoris voluntas. Etiam præ lege eſt. auctor Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* Eſt & tertius effectus: ne tutores teſtamento dati cogantur ſatiſdare, rem pupilli ſalvam fore *l.* 17. *D. h. t.* Atqui, inquies, pupillus neglecta ſatiſdatione gravatur. Sed qui eſt nobis, is non eſt Legi metus: poſtquam apparet, tutoris fidem ac diligentiam ab ipſo approbatam eſſe teſtatore *pr. Inſt. de ſatiſd. tutor.* ſolito, (ut Paulus ait *l.* 36. *D. de excuſat.*) amiciſſimos & fideliſſimos liberis tutores eligere, & eos ad onus tutelæ ſuſcipiendum etiam honore legati perſequi. Atque eſſe id certo certius, Ulpianus refert *l.* 17. *D. h. t.* ſed addit, nihilominus pluribus datis tutoribus, ſi unus ſatiſdationem offerat; ea lege, ut ſolus adminiſtret: non eſſe iniquum, eum audiri, cauſa cognita; idque Edicto caveri: recte tamen Prætorem etiam cæteris hanc conditionem detuliſſe, ſi & ipſi velint ſatiſdare. nam & ſi ipſi parati ſint ſatiſdare, non debere alterius oblatione excludi. igitur quid eſt? Ulpianus §. 1. *d. l.* 17. duplicem eſſe cauſæ cognitionem ait: unam ex perſona ejus qui obtulerit ſatiſdationem, quis & qualis eſt: aliam contutorum, quales ſunt: num forte ejus exiſtimationis, vel ejus honeſtatis ſint, ut non debeant hanc contumeliam ſatiſdationis ſubire. Sic Ulpianus. & ſubjicitur mox ex Calliſtrato *l.* 18. *D. h. t.* quod ſi plures ſatiſdare parati ſint; tunc idonior præferendus erit: ut & tutorum perſonæ inter ſe, & fidejuſſorum comparentur. Quid, ſi nemo tutorum pro-

provocet ad ſatiſdationem, ſed exiſtat quidam qui tutor non eſt, deſideretque, ut aut ſatiſdent tutores; aut ſi non ſatiſdent, parato ſibi ſatiſdare committant tutelam? non placet Ulpiano, eſſe audiendum: neque enim aut extero committendam eſſe tutelam, aut teſtamento datos tutores contra jus ſatiſdationi ſubjiciendos eſſe *l.* 19. *D. h. t.* Illud negligendum non eſt: quod Ulpianus *d. l.* 19. §. 1. notat, Hoc Edictum de ſatiſdatione tutorum, quatenus ad verba attinet, tantum ad tutores teſtamentarios pertinere: non etiam ad datos ex inquiſitione. cæterum etſi verba deficiant, viſum tamen Marcello eſſe ſimilitudine rationis, hoc Edictum & ad hos pertinere: & id Oratione etiam DD. Fratrum ſignificari.

Vult igitur Lex, quod paterfamilias in teſtamento circa tutelam juſſerit verbis imperativis, pro lege obſervari, clara & certa ejus voluntate. nam obſcura aut dubia, interpretatione inveſtiganda eſt. Sit exemplum in pluribus teſtamenti clauſulis: in quibus varie tutorem dederit pater, quam ſequemur? nempe noviſſimam *l.* 10. §. 1. Rurſus fac: pater filiis dedit tutores, omiſſa mentione filiarum: an vel his tutorem dediſſe dicendus erit? Atqui maſculino tantum genere, non etiam fœminino uſus eſt. Sed pronunciatio ſermonis in ſexu maſculino, ad utrumque ſexum plerumque porrigitur *l.* 195. *D. de verb. ſignif.* Igitur Ulpianus *l.* 16. *D. h. t. Si quis*, inquiens, *ita dederit*, Filiis meis tutorem do: *in ea conditione eſt*, *ut tam filiis*, *quam filiabus dediſſe videatur. filiorum enim appellatione & filiæ continentur.* Non dubito; quin Ulpiano fuerit propoſitum, ſcribere, *tam filiabus*, *quam filiis.* Nihil tamen mutandum: eſt enim Hyſterologia ipſi & aliis frequens, ut memini, me alibi ſæpius obſervare.

Sic: ſi filiis dedit tutores. quid, ſi e diverſo dederit filiabus; non facta filiorum mentione? Aliquis putet, etiam filiis dediſſe. Sed negat Pomponius *l.* 45. *D. de legat. lib.* 2. & præfatur, *Exemplo peſſimum eſſe*, *fœminino vocabulo etiam maſculos contineri.* Senſum huc redire, ſibi parſuadet V. Cl. Andreas Alciatus *lib.* 2. *Parerg. c.* 48. quod Veteres aliquem carpentes tamquam mollem & effœminatum, cum irriſionis cauſa fœminino indicabant vocabulo: & ad hoc probandum utitur loco quodam ex Ariſtophanis *Nubibus.* ſed eſt & alius Juſtini *lib.* 1. *c.* 3. Sardanapalum appellantis *fœminam:* quod erat vir omni muliere corruptior. Eodem modo Cæſar apud Suetonium, *in ejus vita c.* 22. & Philotas apud Curtium *lib.* 6. *c.* XI. dicitur *fœmina.* Prætet hæc quæſitum fuit, Si quis tutorem dederit filio, & habeat plures, an dederit omnibus? ait Ulpianus *d. l.* 16. §. 1. *h. t.* Pomponium quidem dubitare: magis autem eſſe, ut omnibus dederit. Idem Ulpianus tractat, Si quis filiabus ſuis vel filiis dederit tutores: an etiam poſthumæ dederit. & putat, id verius eſſe: addens, filiæ appellatione etiam poſthumam contineri.

Superioribus ſubjicienda eſt & illa dubitatio, ſi filiis dederit tutores: an & nepotibus dederit? Ait Ulpianus *l.* 6. *h. t.* ipſis quoque datos videri; ſi modo liberos dixit. cæterum, ſi filios; non contineri. & cauſatur: quod aliter filii, aliter nepotes, appellantur. Sic ex verbi proprietate ſemper retinenda, ubi poteſt ſine interpretatione habere exitum. at ſi alio pergit teſtatoris ſenſus: quid ni, omiſſa vocabuli proprietate, ſub filio nepotem complectamur, ut voluntas ſervetur *l.* 84. *D. de verb. ſignif.* quaſi nepotem avus dulciore nomine appellaverit *l.* 220. §. 3. *d. t.* Sed commode Julianus *l.* 201. *d. t.* juſta, inquit, interpretatione (id eſt, ſi aliqua urgeat juſta interpretandi ratio) recipiendum eſt, ut appellatione filii, ſicut filiamfamilias contineri ſæpe reſpondebimus, ita & nepos videatur comprehendi: & patris nomine avus quoque demonſtrari intelligatur. Res hoc exemplo liquebit. Avus tantum haberis nepotes, nullos filios, dixit: Filiis meis do tutores. is avus ſi ſanæ mentis fuit: an poteſt alia eſſe præſumptio, quam voluiſſe, dulciore nomine filios appellare qui ſunt nepotes? mihi non videtur: ſi ſapiam ipſe.

TITULUS III.

De confirmando tutore.

Tantum de Lege XII Tabularum. proximum eſt, inquit Modeſtinus *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. h. t.* ne quid de confirmandis tutoribus indiſcuſſum relinquamus. ſive enim talis ſit perſona quæ non poteſt tutorem dare, velut mater, aut patronus, aut extraneus quis, aut perſona cui non poteſt dari, veluti ſi pater filio non exiſtenti in poteſtate aut filiæ, (ſic habet vulgaris verſio. commodius Antonius Auguſtinus, *lib. ſingul. ad Modeſtinum*, ponit, *ut a patre filio aut filiæ qui non ſunt in poteſtate*) aut verbis directis non ſit uſus, aut in codicillis teſtamento non confirmatis tutores dederit: non ſubſiſtit ipſo jure tutela: Lege XII Tabularum hanc dationem non confirmante. nam & patremfamilias deſiderat, & liberos qui ipſi tempore mortis ſui heredes ſint, vel fictione juris eſſe intelligantur. plus poſtulat; ut his tutores in teſtamento dentur, & quidem verbis imperativis ac directis. Cæterum ſi quid deficit; ait Modeſtinus *d. l.* 1. §. 1. placuiſſe Principum Con-

ſtitutionibus, hoc Conſulari poteſtate, id eſt, juriſdictione atque imperio, ſuppleri, & ſecundum mentem confirmari.

Ita patet, confirmari tutorem qui non jure datus teſtamento, decreto Conſulis, Prætoris, aut ſimilis Magiſtratus cui jus dandi tutoris competit, datur ſecundum teſtatoris voluntatem. Ea vero confirmatio fit non uno modo. nam cum juſtus pater liberis tutorem dat minus legitime, nihil tum amplius ut plurimum requirit Prætor: ſed ſimpliciter tutorem confirmat, perinde ac ſi teſtamento datus eſſet *d. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *D. h. t.* Hoc: ſi apparet, duraſſe patris voluntatem. quod ſi mutata videri poteſt; in hoc inquirendum eſt: nec utique ſequetur Prætor primam voluntatem a qua diſceſſit pater *l.* 8. 9. & 10. *D. h. t. l.* 4. *D. de teſtam. tutel.* Ita in juſto patre. In naturali vero ſic Hermogenianus *l.* 7. *D. h. t. Filio naturali cui nihil relictum eſt, tutor fruſtra datur a patre, nec ſine inquiſitione confirmatur.* Obſcurus eſt Hermogeniani ſenſus: ſed ſi quid intelligo; ſignificat, Si pater naturalis tutorem dederit filio naturali, fruſtra dediſſe: niſi ſi aliquid filio reliquit in teſtamento: tum enim datum confirmari, nec tamen ſine inquiſitione. quod ſi ei nihil reliquit pater: putat Hermogenianus, fruſtra dediſſe tutorem; nec confirmari datum; ne ex inquiſitione quidem.. Is ſenſus horum verborum, nec vereor: ne omnia non ſint Hermogeniani. etſi eſſe ſcio, qui putent a Triboniano eſſe interpolata ex *l. ult. C. h. t.* Satis de patre.

In matre quoque deſideramus: ut liberos, cum eis tutorem dat, heredes inſtituat: quamquam juſtus pater poſſit tutorem dare etiam exheredatis. intereſt enim, quod pater magis in perſonam, mater magis in rem, tutorem dat. *l.* 4. *D. de teſtam. tutel.* At obſtat Alexander *l.* 4. *C. eod. tit.* Niſi probabilis eſt conjectura D. Cujacii; legentis, *Quando autem eos heredes inſtituerit:* expuncta negatione. Senſus, Tutorem filiis a matre non dari aliter, quam inſtitutis heredibus: ſic autem datos non eſſe ipſo jure tutores, ſed a Prætore confirmari ex mente defunctæ. Verum repugnant ſequentia verba, *Nullo vero ex his*, & reliqua. Sed parcamus captationi verborum. non enim vult Alexander, alterutrum ſufficere; id eſt, ut vel heres inſtituatur, vel confirmetur: ſed utrumque requiri conjunctim; hoc eſt, ut & filium heredem inſtituat, & tutor datus confirmetur. primum ergo exigit Imperator, ut mater filium, cui tutorem dat, heredem inſtituat: deinde, ut is tutor prævia inquiſitione confirmetur. Utrumque in patre ſecus eſt, quamquam filius nec ſit in ejus poteſtate. Hoc tam varie: quia in patre hæret veſtigium priſtinæ poteſtatis cui etiam ſublata patria poteſtate multum tribuerunt Veteres. nam & poſt emancipationem eſt jus ſucceſſionis jure Prætorio per bonorum poſſeſſionem, etſi deſiit eſſe jus ſui heredis.

Poteſt hic & circa patronum, aliumve quemvis extraneum eſſe deliberatio: ſi audimus Paulum *l.* 4. *D. h. t.* dicentem, vel in his eſſe ſequendum judicium tutorem dantis pupillo heredi a ſe inſtituto, cum is præterea nihil haberet in bonis. nam a tali viro non aliam fieri conjecturam, quam quod pupillo, quem nihil habentem ita dilexit, ut eum heredem inſtitueret, præfecit perſonam ejus opinione idoneam. igitur putat Paulus, non male dici, imo eſſe æquitatis, ut in eo, quamvis Lex deficiat, tamen voluntas ſervetur.

Nunc de effectu confirmati tutoris diſpiciamus. eſt autem inſignis: ut ex illo tempore quo ſit confirmatus, demum fiat tutor; & ſi nolit eſſe, inde habeat excuſatione opus *l.* 1. *C. h. t. l.* 13. §. 12. *D. de excuſationib.* Hoc certum.

Illud quæritur, qualis h..bendus ſit confirmatus tutor, teſtamentarius, an dativus. ſunt enim qui putant, eum magis teſtamentarium, quam Atilianum videri. & movet eos Julianus *l.* 3. *D. h. t.* a quo dicitur perinde confirmari tutor, ac ſi ex teſtamento tutor eſſet. accedit quod Prætor qui tutorem confirmat, dicitur ſequi defuncti judicium *l.* 32. *D. de excuſationibus.* Non alio ducit, quod in *l.* 3. *C. h. t.* tutor creditur habere judicium defuncti. Sic quidam. Aliis ſedet, tutorem confirmatum magis pro Atiliano, ſeu dativo, quam pro teſtamentario, accipere. hi pro ſe adferunt *l.* 130. *D. de verb. ſignific.* arbitrati, *dare* dici etiam eum qui confirmat: eoque effici, tutorem a Prætore confirmatum potius dativum, quam teſtamentarium eſſe. quamquam qui a diverſa parte ſtant, reponunt, hoc in *d. l.* 130. obtinere in confirmatione voluntaria; in neceſſaria non æque. Ut ut erit: negari nequit, eum qui a Prætore confirmatur, ab eo dari ſecundum voluntatem teſtatoris: ac niſi ab eo detur, non eſſe tutorem. quid ergo eſt? non ſequar partes. imo ſtabo ab utraque; atque ut non negem, confirmatum tutorem quædam mutuari a tutore dativo: non tamen hoc me terret; ne eum in cauſis aliis potius teſtamentario, quam Atiliano, aſſimilem. ſane cum ex utriſque participet; nil vetat, eum aliquando ad teſtamentarium, aliquando ad Atilianum accedere: ut in cæteris mixtis cauſis obſervavi *lib.* 1. *Probabilium c.* XI. ita quædam habere a dativo, apparet ex *l.* 1. & 2. *C. h. t.* cæterum quia tutor teſtamentarius præcedit tutorem legitimum & Atilianum, non male dicetur, tutorem confirmatum hactenus eſſe habendum pro teſtamentario: ne alioquin pereat vis & ſcopus confirmationis per regulam Juris Civilis, qua habenti tutorem alius dari non poteſt *l.* 27. *D. de teſtam. tutel.* Sed hac quoqne in parte eſt caſus valde ſingularis in *l.* 3. *C. h. t.*

ubi

ubi pro, *cujus intereſt*, jam dudum *lib.* I. *De juriſdict. & imperio c.* I. ſuaſi reſtitui, *cujus juriſdictio eſt.*

Sunt qui putent, eſſe etiam ſuperiori comparationi conſequens; quod confirmatus tutor non cogitur ſatiſdare: uti eſt reſponſum in eo qui eſt a patre minus legitime datus *l.* 3. *D. h. t.* Item in eo qui a matre datus *l.* 2. *D. h. t.* item qui ab avia *l. ult* §. I. *D. eod.* Sed cum idem jus ſit in omnibus qui a majoribus Magiſtratibus ex inquiſitione dantur, etiam non facto teſtamento *pr. Inſt. De ſatiſd. tut.* eſt forſan verius, id non oportere ad propoſitam definitionem trabi. quod & ſuadet ſequens Papiniani locus *l.* 5. *D. h. t.* ſpecies talis. Patruus teſtamento tutores dedit non jure. Prætor juſſit, hos confirmari a Magiſtratibus municipalibus. poteſt enim Prætor hoc præcipere: quia Magiſtratibus lege conceſſa ejus juſſu eſt tutelæ datio, ſi non magnæ ſint pupilli facultates: ut alibi veniet dicendi locus. Dedit, inquam, patruus tutores: eoſque a Magiſtratibus confirmari mandavit Prætor. Magiſtratus ſequuti Prætoris juſſum, tutores confirmarunt, non exacta ſatiſdatione. Quæritur, an in ſubſidium conveniri poſſint Magiſtratus, ſi tutores dati non ſint ſolvendo? cauſa quærendi duplex. Una, quod dati ſunt in teſtamento; ad quos non pertinet ſatiſdatio. altera quod a Magiſtratibus ſunt confirmati juſſu Prætoris, ideoque ab ipſo prope Prætore. Quid Papinianus? putat, conveniri poſſe Magiſtratus qui cautionem cum deberent exigere, non exegere. Nec eos juvare: quod tutores ſunt teſtamento dati; quia ſunt dati ab eo qui non habuit jus dandi tutores. Similiter ait Papinianus, non prodeſſe Magiſtratibus: quod tutores ab eis ſunt juſſu Prætoris confirmati: quia adhuc verum eſt, non a Prætore confirmatos eſſe. ut enim juſſerit eos confirmari; non tamen ipſe per ſua miniſteria inquiſivit in mores & facultates tutorum; neque ex inquiſitione ante decretum interpoſuit. quo modo proprie Prætoris confirmatio cenſetur. quod ſi eſt: apparet, ſatiſdationem confirmato tutori non tam eo remitti, quia pro teſtamentario habetur; quam quod ex inquiſitione datur a majore Magiſtratu: ideoque, ceſſante inquiſitione, confirmatum a Magiſtratibus municipalibus, ſatiſdationi eſſe obnoxium.

Abſolvi priorem Rubricæ partem de confirmando tutore. ſequitur poſterior de confirmando curatore. De eo agit *l.* I. §. *ult. l* 2. §. I. *D. h. t.* nec minus hoc Papiniani *l.* 6. *D h. t.* *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citra inquiſitionem Prætor eos confirmare debebit.* Tranſpoſita ſunt verba, & ſic reſtituenda: *Si filio puberi pater curatorem dederit, aut impuberi tutorem.* Senſus: confirmationem a Prætore fieri; ſi pater filio impuberi tutorem dedit, non ut Lege præcipiebatur; aut ſi puberi curatorem ſedit nullo jure. videlicet, ut hoc exponam, Lex XII Tabularum tantum fuit loquuta de dando tutore; non etiam de dando curatore. Jus autem dandi curatoris eſt demum introductum a D Marco: ex quo voluit, omnes adoleſcentes minores annis viginti quinque ab iiſdem Magiſtratibus a quibus tutores dantur, curatores accipere, non redditis cauſis: ut dicetur ſub *Tit.* 5. & 6. poſtquam vero hoc obtinuit, deinde non ſuit patri invidendum; quo minus is etiam puberis, ſed adhuc minoris, imbecillitati teſtamento ſuccurreret; eoque curatorem illi præficeret, ſua opinione, ſibi & amiciſſimum & fidiſſimum. Si igitur curatorem filio in teſtamento daret pater; non jure dabat: quia de eo locuta non fuit aut D. Marci Conſtitutio, aut Lex XII Tabularum; tamen rationis fuit, curatorem a patre datum, ſecundum ejus voluntatem, a Prætore confirmari §. I. *Inſt. de curatoribus.*

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

Tantum de tutoribus teſtamentariis. ſequuntur legitimi. Hos Ulpianus *Tit* XI. §. 3. ait, ex Lege aliqua deſcendere: per eminentiam autem dici legitimos qui ex Lege XII Tabularum introducuntur, ſeu propalam, quales ſunt adgnati, ſeu per conſequentiam, quales ſunt patroni. Scio, & teſtamentariam tutelam non improprie legitimam appellari *l.* 130. *D. de verb. ſignif.* Sed aliud eſt, legitimam dici per eminentiam: aliud, non improprie. hoc enim quaſi medium venit inter proprium & improprium *l.* I. *D. de ſuis & legitimis:* ut non nolle eſt medium inter velle & nolle. Igitur agnatorum tutela per eminentiam appellatur legitima: quia hos legitimos tutores nemo dat: ſed Lex XII Tabularum fecit tutores *l.* 5. *D. h. t.* at teſtamentarii dantur a patre: deinde datos Lex XII Tabularum confirmat, ut ait Ulpianus *d. tit.* XI. §. 14. Quidquid eſt: ait idem Ulpianus *d. tit.* §. 3. legitimam tutelam deſcendere ex Lege XII Tabularum modo propalam, id eſt, ex verbis Legis; ut agnatos: modo per conſequentiam, id eſt, ex mente & ſententia: ut patronos. quod & ſic traditum *l.* 3. *D h. t.*

Interim verba Legis, quantum ſcio, nuſquam exſtant. ſummam hanc ponit Paulus *l.* 6. *h. t.* Inteſtato parente mortuo, adgnatis (addo. & gentilibus) defertur tutela. Inteſtatus au-

Digitized by Google

tem illi videtur non tantum is qui teſtamentum non fecit, ſed & is qui teſtamento liberis ſuis tutores non dedit. quantum enim ad tutelam pertinet, inteſtatus eſt: licet de hereditate ſit teſtatus. id vero accidit, non ſublato tantum, ſed etiam ſubſiſtente teſtamento: ut, ſi teſtator de tutela non diſpoſuit, aut diſpoſuit quidem, ſed tutor datus, vivo vel mortuo teſtatore, deſinat ipſo jure eſſe tutor. nec intereſt: utrum cœperit tutelam gerere, an non cœperit. nam tutela ad agnatum, id eſt, legitimum, revertitur, ſi tutor teſtamento datus, adhuc filio impubere manente, deceſſerit *d. l.* 6. *l.* 11. §. 3. *&* 4. *D. de teſtam. tutel.* nempe, quia ſic ipſo jure deficit. Aliud eſt, ſi tutor teſtamento datus ſit ſub conditione, vel ex die certo. hic enim non deficit tutor, ſed futurus ſperatur ex teſtamento: & ideo alius a Magiſtratu interim dandus eſt *d. l.* 11. *pr.* idem eſt: ſi teſtamentarius tutor a tutela excuſetur, aut ſuſpectus a tutela removeatur *d. l.* 11. §. 1. *&* 2. nam ex his cauſis non deſinit eſſe tutor ipſo jure, etſi facto Magiſtratus a tutela removeatur: & ideo Senatum cenſuiſſe, ut in locum ejus alius tutor detur, Ulpianus ait *Tit.* XI. §. 23.

Deinde ait Lex, *Agnatorum gentiliumque.* Legem XII Tabularum his tutelam dediſſe, admodum veriſimile eſt: quia eis ab inteſtato quoque hereditatem addixit: ut ex Cicerone *lib.* 1. *Ad Herennium*, & Ulpiano *tit.* 16. *Collat. leg. Moſ. & Rom.* intelligitur. tutela autem pari paſſu it cum hereditate: auctore Quinto Mucio *l.* 73. *D. de regulis juris.* præterea Cicero *Pro domo* differens de adoptione P. Clodii, ejuſque capitis deminutione, *Perturbatis*, inquit, *ſacris, contaminatis gentibus, & quas deſeruiſti, & quas polluiſti, jure Quiritium legitimo tutelarum & hereditatum relicto, factus es filius.* Gentilium tamen non meminit Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* nec *d. tit.* XI: ſine dubio, quod gentilium jura jam tum ab uſu receſſerant: ſed hoc ex ipſo Ulpiano, & Gajo *d. t.* 16. diſcimus. eſtque hoc vel eo veriſimilius, quia idem Ulpianus in Fragm. *Tit.* 26. §. 1. eorum mentionem quoque non fecit in hereditate legitima; neque in *Tit.* 12. §. 1. in cura furioſi: etſi certum ſit, Legem in utroque caſu æque de gentilibus ac de agnatis fuiſſe locutam. Ulpianus *l.* 1. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* etiam nominat *conſanguineos.* Sed id verbum non eſſe ex XII Tabulis, bene animadvertit Rævardus, ad *Leg.* XII *Tabb. c.* 12. *& lib.* 5. *var. c.* 1. Interim *Conſanguineos* dici pro fratribus & ſororibus agnatis, nimis conſtat ex *d. tit.* 16. *Collat. leg. Moſaic. & Rom.*

Ut ad rem veniam; primum ad tutelam Lex vocat agnatos: non cognatos. Sunt autem agnati, cognati per virilis ſexus conjunctionem conjuncti, quaſi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, nepoſve ex eo; item patruus, & patrui filius, nepoſve ex eo. At qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, adgnati non ſunt, ſed alias naturali jure cognati. itaque amitæ tuæ filius non eſt tibi adgnatus, ſed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea naſcuntur, patris, non matris familiam ſequuntur §. 1. *Inſt. h. t.* Illud addendum eſt, quod ne per patrem quidem conjuncti alias pro agnatis habentur, quam ſi in eadem familia maneant. adeo emancipati agnati eſſe deſinunt §. *ult. Inſt. d. t. l.* 2. *C. h. t. l.* 10. §. 1. *D. de gradib.* Ulpianus *d. tit.* XI. §. 4. Non idem in his qui, propter mortem patris, ſui juris efficiuntur *l.* 195. §. 2. *D. de verb. ſignif.* nec hoc omittit Gajus *l.* 9. *D. h. t.* Quod, ſi plures ſunt agnati, proximus tutelam nanciſcitur: & ſi eodem gradu plures ſint, omnes tutelam nanciſcuntur. ſcilicet: quia proximus dicitur, cui nemo antecedit. *l.* 92. *D. de verb. ſignif.* igitur ille qui ſolus eſt *l.* 155. *& l.* 162 *d. t.* taliſque fuit ordo inteſtatæ ſucceſſionis. quo autem tutela redit, eo plerumque & hereditas pervenit *l.* 73. *D. de regulis juris:* ſumma (ut ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.*) providentia: ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Juſtinianus *tit. Inſt. de legitim. patron. tut.* hanc dat rationem: quod ubi ſucceſſionis eſt emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe, æquum eſt. Plane etſi tutela plerumque ſequatur hereditatem: interdum tamen alibi eſt tutela, alibi hereditas. Hoc fieri, ait Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* ſi ſit conſanguinea pupillo: id eſt, ſoror. nam hereditas quidem ad agnatam pertinet, tutela autem ad agnatum, quod pluribus exemplis firmat Hermogenianus *l.* 10. *D. h. t.* & in §. 1. addit, quod ſurdus & mutus nec legitimi tutores eſſe poſſunt. quibus adde ſis minorem ex Conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. h. t.* in quo tamen aliter obſervatum fuiſſe jure vetere, putat D. Cujacius *lib.* 17. *Obſ. c.* 28.

Lex igitur XII Tabularum ſicut ad legitimam hereditatem, ita ad legitimam tutelam, non vocavit cognatos, ſed agnatos. at hoc mutavit Juſtinianus *Novell.* 118. *c.* 4. *&* 5: omni differentia agnationis utraque in ſpecie ſublata. inde quiſquis pupillo eſt proximus ſanguine, is proximus eſt ad ejus tutelam atque hereditatem. præterea placuit Juſtiniano, etiam matrem & aviam admittere ad filii aut nepotis tutelam, eaſque omnibus tam agnatis, quam cognatis ab inteſtato præferre: abſtinentes tamen a ſecundis nuptiis, & Senatuſconſulto Vellejano apud acta renuntiantes. quod ante aliquatenus erat introductum *l.* 2. *&* 3. *C. Quand. mul. tutel. offic.* ſed jure Pandectarum non obtinuit: niſi ſpecialiter eſſet a Principe indultum *l. ult. D. de tutelis.*

Ut ſupra dixi, Lex XII Tabularum non tantum agnatis defert tutelam: ſed etiam gentilibus. qui vero ſint gentiles & quomo-

do

do ab agnatis diſtinguantur, latius tractarunt, quibus hoc propoſitum fuit, Alciatus, *lib.* 1. *Parerg. c.* 12. & 13. Rævardus, *lib.* 5. *Var. c.* 1. Brechæus, Fornerius, alii, ad *l.* 53. *D. de verb. ſignif.* Mihi ſatis erit, velut in tranſitu dixiſſe: quod ut familia a gente, ſic agnati a gentilibus diſcernuntur. adeo qui ejuſdem familiæ, agnati: qui ejuſdem gentis, gentiles dicuntur. continet porro gens plures familias. familia contra gentis pars eſt. Inde Suetonius, *Nerone c.* 1. *Ex gente Domitia duæ familiæ claruerunt.* Et in *Julio c* 6. *A Venere Julii, cujus gentis familia eſt noſtra.* Similiter Livius *lib.* 38. *c.* 58. *P. Scipio Naſica orationem habuit plenam veris decoribus non communiter Corneliæ genti, ſed proprie familiæ ſuæ.* Voluit igitur Lex, tutelam pupilli cujus pater ſit inteſtatus mortuus, eſſe agnatorum & gentilium. Utrum ſimul, an ſucceſſive? poſſit dubitari: quia Lex dixit, Agnatorum gentiliumque. Sed Paulo *l.* 53. *D. de verb. ſignific.* placuit, boc, *Agnatorum gentiliumque*, pro ſeparatione accipere. non igitur ſimul venient, ſed ſuo ordine.

Hactenus de legitima agnatorum tutela quæ nominatim deſcendit ex Lege Duodecim Tabularum. ſequitur tutela patronorum: quæ ſimiliter legitima vocatur: non quia nominatim venit ex verbis Legis; ſed quia venit ex ejus mente. ſolet enim verbum, *Ex legibus*, ſic accipi, tam ex Legis ſententia, quam ex Legis verbis *l.* 6. §. 1. *D. de verb. ſignif.* cum ſcire Leges ſit, non verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem *l.* 17. *D. de legibus.* Atque ita eſt: patronorum tutela non debetur verbis Legis: loquentis quidem de agnatorum tutela, ſed de patronorum tutela non loquentis. interim per conſequentiam hereditatis verbis Legis nominatim patronis exemplo agnatorum delatæ, perinde accepta interpretatione eſt patronorum tutela, ac ſi verbis Legis introducta eſſet. Cæterum quod in patrono placuit, non æque in patrona placuit: quia tutela eſt munus publicum: a quo fœminæ removentur *l.* 2. *D. de reg. jur.* proinde erit quidem patrona liberti heres ab inteſtato; ſed ad ejus tutelam ex Lege non venit. *t. tit. Inſt. de legit. patron. tutel. l.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela: quæ & ipſa legitima a Juſtiniano vocatur. nam ſi quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps emancipaverit; ait Imperator, eum legitimum eorum tutorem fore *tit. Inſt. de legit. parent. tutel.* Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. h. t.* ait, eum vicem legitimi tutoris ſuſtinere. in Fragmentis *tit.* XI. §. 5. fiduciarium appellat. Nempe, poſtquam pater exemplo patroni fuit admiſſus ad ſucceſſionem filii emancipati contracta fiducia, teſte Juſtiniano in §. *ult. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* & Gajo *lib.* 1. *Inſt. tit.* 6. deinde ut patronus venit ad tutelam liberti exemplo agnatorum: ſic eſt pater ad tutelam filii admiſſus exemplo patroni: tamen cum hoc diſcrimine: quod liberti hereditas patrono lege Duodecim Tabularum directo defertur: parenti non item. inde patroni tutela, ut profecta ex mente Legis, legitima appellata *l.* 1. *D. h. t.* at parentis tutela, ſicut magis venit ex contracta fiducia; ita pater proprie dicitur ſuſtinere vicem legitimæ tutelæ, & fiduciarius tutor. eoque nomine patre mortuo etiam deſignatos fuiſſe ejus filios, Modeſtinus docet *l.* 4. *D. h. t.* quamquam id nomen tandem conſtitit fere in liberis, id eſt, filii emancipati fratribus: cum pater jam legitimus appellaretur: ut latius & diſertius obſervat Janus a Coſta *ad Tit. Inſt. de fiduc. tutel.*

TITULUS V.

De tutoribus & curatoribus datis ab his qui jus dandi habent: & qui, & in quibus cauſis ſpecialiter dari poſſunt.

Expoſita tutela teſtamentaria & legitima, ex ordine ſequitur Atiliana. eſt hæc ſpecies tutelæ dativæ: ideo Atiliana appellata, ut Ulpianus ait in *Fragm. tit.* XI. §. 18. quia Lex Atilia jubet, mulieribus, pupilliſque tutores non habentibus, tutores dari a Prætore & majore parte Tribunorum Plebis. hoc de nomine. Ut res intelligatur, Rubricam dividam in tres partes. prima oſtendit, qui habeant jus dandi tutores curatoreſve: altera, qui poſſint tutores aut curatores dari: tertia, in quibus cauſis tutores aut curatores ſpecialiter dentur.

In prima quæſtione notanda hæc Ulpiani regula in *l.* 6. §. 2. *D. de tutelis. Tutoris datio neque imperii eſt, neque juriſdictionis, ſed ei ſoli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps.* Finem regulæ indicat loci Inſcriptio: quæ eſt ex Ulpiani lib. 38. aut 39. Ad Edictum. extant enim utroque libro complura ad tutelam dativam pertinentia. Expoſiturus igitur alterutro libro Ulpianus, quibus Magiſtratibus in Urbe atque in Provinciis ſit jus dandi tutoris: ante omnia dixit, nullius eſſe Magiſtratus jure ſui Magiſtratus: id eſt, idcirco quod ſunt Magiſtratus, & habent imperium, aut juriſdictionem. & hanc addit cauſam: quod tutoris datio non eſt imperii, neque juriſdictionis eorum: ſed eſt ex his quæ ſunt ſpecialis delegationis. competit igitur ei ſoli cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps. Sic vero non negat, tutoris dationem, poſtquam eſt alicui data Lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione, eſſe imperii aut juriſdictionis. (contrarium

 enim

enim verum eſt) ſed negat, eam eſſe ordinarii imperii aut ordinariæ juriſdictionis; id eſt, negat, vi imperii aut juriſdictionis pertinere ad Magiſtratus quibus non ſit extra ordinem conceſſa vel Lege vel Senatuſconſulto, vel Principis Conſtitutione. Sed hoc olim docui *lib.* 1. *De juriſdict. & imper. c.* 1.

Nunc tradam Leges quibus tutoris datio Magiſtratibus ſit delata. prima fuit Atilia: jubens, tutores in Urbe dari a Prætore Urbano & majore parte Tribunorum Plebis. & eſt exemplum apud Livium *lib.* 39. *c.* 9. Sed quia Lex Atilia tantum Romæ habebat locum, deinde Lege Julia & Titia proſpectum eſt: ut in Provinciis ſimiliter tutores a Præſidibus earum darentur. auctor Ulpianus *d. tit.* XI. & Juſtinianus *pr. Inſt. de Atilian. tut.* qui in §. 3. addit: quod ex his Legibus tutores deſierunt dari: poſtquam Conſules cœperunt pupillis utriuſque ſexus tutores dare ex inquiſitione. factum id Conſtitutione Claudii, refert Suetonius *Claudio c.* 23. & eſt exemplum apud Plinium *lib.* 9. *Epiſt.* 13. Poſtea D. Marcus, Oratione in Senatu habita, ut diligentius de tutoribus tractaretur, Prætorem tutelarem primus inſtituit. teſtis Capitolinus, in *ejus vita c.* X. Orationis meminit Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Movit vero D. Marcum: quod ſupra dictis Legibus neque de exigenda a tutore cautione, rem pupilli ſalvam fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem cavebatur. Id obſervat Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* ſed in §. 4. ſubjicit, fuiſſe deinde obrogatum Orationi D. Marci: utrum moribus, an aliqua Conſtitutione, non exprimit. tantum, Hoc jure, inquit, utimur, ut Romæ quidem Prætor aut Præfectus Urbi tutores dent: in Provinciis autem Præſides: Ulpianus etiam Proconſules nominat *l.* 1. *pr. D. h. t.* & in §. 1. addit, Legatum Proconſulis ex Oratione D. Marci tutorem dare: utique mandata a Proconſule juriſdictione; ut ex Pomponio intelligitur *l.* 13. *D. de officio Proconſulis.* amplius ſcribit Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* jus dandi tutores eſſe datum omnibus Magiſtratus municipalibus: etſi non alias, quam ex præcepto Præſidum *l.* 46. §. 6. *D. de admin. tutor.* vel, ut Juſtinianus *d.* §. 4. ait, juſſu Præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates: id eſt, ſi Præſidibus non videantur magnæ: ut expoſui *lib.* 2. *De juriſdict. & imp. c.* 8. Ubi autem abſunt hi qui tutores dare poſſunt; ait Paulus *l.* 19. *D. h. t.* Decuriones juberi, (puta, a Præſidibus) dare tutores: dummodo major pars conveniat. Sic uſque ad Juſtinianum: nam is hoc ex parte mutavit §. 5. *h. t. Inſt.* jubens, ſi pupilli facultates valeant uſque ad quingentos ſolidos, non exſpectata juſſione Præſidum, Defenſores civitatum una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel alios Magiſtratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela præſtanda eorum periculo qui eam accipiunt.

Apparet, qui poſſint tutorem dare. ſolum dubitatur, an his jus ſit, tutoris dationem mandare aliis? Et negat Ulpianus *l.* 8. *D. h. t.* certa ratione in *l.* 1. *D. de officio ejus cui mand. eſt juriſd.* quamquam recipit difficultatem, propter Legatum Proconſulis, & Magiſtratus municipales: de quibus dixi paulo ante. Sed difficultatem ſuſtuli *d. lib.* 2. *De juriſd. & imper. c.* 8.

Competit igitur tutelæ datio Magiſtratui, non omni, ſed cui ſit ſpeciali Lege conceſſa: utique, ſi jure ſit creatus a Populo aut Principe, cum eſſet liber & civis Romanus. ſed finge, ſervum eſſe. non poteſt negari, eſſe vitio creatum, errante Populo aut Principe. de eo dubitatum fuit, an tamen valeat ab eo geſtum? notabilis quæſtio: ad quam ſpectat Ulpianus *l.* 3. *D. de officio Prætorum:* eſt enim deſumpta ex libro 38. ejus ad Sabinum: niſi hic quoque malis legere, lib 39: ut ſupra obſervavi ad *l.* 6. §. 2. *D. de tutelis.* ut ut erit: poteſt ad *d. l.* 3. conſuli V. Cl. Jacobus Gothofredus, *lib. ſing. De elect. Magiſtrat. inhabil. pag.* 14.

Non adderem, non valere tutelæ dationem, ſi in furore aut dementia conſtitutus Prætor aut Præſes, tutorem dederit; niſi præiret Ulpianus *l.* 8. §. 1. *D. h. t.* Aliquem movere poſſet, quod utique eſt Prætor vel Præſes; nec furor ei Magiſtratum abrogat. attamen, ait Ulpianus, datio nullius erit momenti.

Dixi, qui habeant jus dandi tutoris. dicam de modo quo debeant dare. primum poterit omni die dari. *l.* 8. §. 2. *D. h. t.* ſed quo modo? *l.* 6. §. 1. *D. de tutelis* pure; non ſub conditione, neque in diem: & ſi aliter datus ſit nullius momenti eſſe dationem: certa ratione, (quam ſuggerit Papinianus *l.* 77. *D. de regulis juris*) quod tutoris datio, cum a Magiſtratu exerceatur, eſt ex actibus legitimis: quorum proprium eſt, ut ſi recipiant diem vel conditionem, in totum vitientur per temporis vel conditionis adjectionem. utique, ſi palam apponatur. nam nonnumquam tacite recipere quæ aperte comprehenſa, vitium adferrent, non inficiatur Papinianus; & exemplis in loco demonſtrabitur. Poſſit aliquem morari: quod Præſides provinciarum, cum tutorem dant, hanc ſolent facere adjectionem: Tutorem do, ſi ſatiſdederit. Sed non difficilis eſt reſponſio: quod ſupervacua ea adjectio eſt. nam ut expreſſa non ſit, æque forma juris continetur. ita ineſt dationi *l.* 1. *&* 2. *C. de tut. vel cur. qui. ſat. non. ded.* deinde ait Ulpianus *d. l.* 6. §. 1. jam animadvertiſſe Pomponium, hanc adjectionem in ſe non habere conditionem, ſed admonitionem, non aliter ei committi tutelam, quam ſi ſatiſdederit, hoc eſt, non aliter ei permittendum gerere, quam ſi rem ſalvam fore caverit. Proculus *l.* 69. *D. de heredibus inſtituen-*

tuendis dicit, tales adjectiones figuram conditionis, non vim continere.

Præterea refert Juſtinianus §. 4. *Inſt. h. t.* ad modum dandi tutoris quod Prætor, aut Præfectus Urbi, debet tutorem dare ſecundum ſuam juriſdictionem. Imperator *Juriſdictionem* dicit pro loco intra quem ea exercetur: quo modo accipitur juriſdictio in ſequente Prætoris Edicto apud A. Gellium *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 15. *Sacerdotem. Veſtalem. & Flaminem. Dialem. in. omni. mea.* juriſdictione. *jurare. non. cogam.* Quod de Prætore & Præfecto Urbi dixit Imperator, etiam de Præſide provinciæ, & de Magiſtratu municipali ait Ulpianus *l.* 1. §. *ult. & l.* 3. *D. h. t.* Nec obſtat hoc *l.* 10. *D. de tutelis. Etiam non municeps tutor dari poteſt, dummodo municipi detur.* Nam ſenſus eſt, Magiſtratum municipalem non tantum municipem poſſe tutorem dare; ſed etiam non municipem: modo ſit incola vel advena vel ex municipio natus; licet non ſit muneris publici particeps, id eſt, non vere municeps *l.* 239. §. 2. *D. de verb. ſignif.* & habet hoc rationem: quia incola tam debet parere Magiſtratibus his apud quos incola eſt; quam illis apud quos civis eſt *l.* 29. *D. Ad municipalem.* Quod cum *d. l.* 1. §. *ult. & l.* 13. *in fin. D. de excuſationibus.* eſt conſentaneum. Ita: ſi idonei homines ſint intra territorium Magiſtratus municipalis. at ſi non ſint: Divi, Marcus & Verus, ita Cornelio Proculo reſcripſere, apud Paulum *l.* 24. *D. h t. Si quando deſinit in civitate, ex qua pupilli oriundi ſunt, qui idonei videantur eſſe tutores; officium ſit Magiſtratuum, inquirere ex vicinis civitatibus honeſtiſſimum quemque, & nomina Præſidi provinciæ mittere, non ipſos arbitrium dandi ſibi vindicare.*

Inſuper ait Juſtinianus *d.* § 4. *Inſt. h. t.* ſpectare ad modum dandi tutoris: quod is debet creari ex inquiſitione: utique a Prætore, Præfecto Urbi, aut Præſide: nam de his & ſimilibus loquitur. Ex inquiſitione autem ut ſit recte datus, monet Hermogenianus, eſſe quatuor conſideranda: primum, an hic dederit qui dare potuit: deinde, an acceperit ille cui fuerat dandus, quo pertinet *l.* 26. *h t.* tertio, an detur is cujus dandi facultas erat: poſtremo, an decretum pro tribunali ſit interpoſitum *l.* 7. §. 1. *D. de confirm. tutor.* Bene ait, *pro tribunali.* nam ubi neceſſarium eſt decretum; non poteſt hoc Prætor per libellum, ſive de plano, expedire: nimirum quia omnia quæcumque cauſæ cognitionem deſiderant, non poſſunt alibi fieri, quam pro tribunali: ut dudum oſtendi *lib.* 1. *De juriſdict. & imper.* Poſſem videri abſolviſſe primam Rubricæ partem; niſi ab inquiſitione quoque penderet altera, qui poſſint tutores dari: cum enim Prætoris cognitione conſtet; an dubium eſt, oportere eum cum reliquis & mores creandorum inveſtigare? at neque facultates, neque dignitas, adeo ſufficiens eſt ad fidem, ut bona electio, vel voluntas & benigni mores *l.* 21. §. 5. *D. h. t.* In primis igitur oportet Prætorem ante oculos habere hæc Modeſtini *l.* 21. §. *ult. D. h. t.* ne creet eos qui ſe ipſos volunt ingerere, ut creentur: quos & pœnæ obnoxios eſſe, promulgatum eſt. atque Marcianus *l.* 9. *D. de tutelis*, in hos & ſimiles animadverti extra ordinem. Sed & ſi quis a parentibus prohibitus fuerit tutor eſſe; hunc neque creari oportet; & ſi creatus ſit, nec recuſaverit, eum prohiberi, eſſe tutorem, manente epitimia, Modeſtinus ſcribit *d. l.* 21. §. 2. Similiter eſt officium Magiſtratus: ut ex his qui non prohibentur dari, tutorem det maxime idoneum: & in hoc inquirit non modo in cæteris, ſed etiam in eo qui Senator eſt *l.* 18. *D. h. t.* Ab eadem cauſa eſt forte: (quod Ulpianus *l.* 4. *D. d. t.* ait) ut Prætor ſe ipſe non poſſit tutorem dare: cogere certe ſe ad ſuſcipiendam tutelam non poteſt. eaque ratione nec pedaneus judex, nec compromiſſarius, ex ſua ſententia fieri poteſt. quia & recepta, & judicia, & tutelæ, publicis accenſentur muneribus: ad quæ ſuſcipienda aut exequenda unuſquiſque debet cogi. De eo quæritur, an Prætor ſuum Collegam tutorem dare poſſit? ſicut Decuriones recte unum dant ex ſuo Corpore. item Magiſtratus municipales poſſunt Collegam ſuum tutorem dare *l.* 19. *pr. &* §. 1. *D. h.* Sed non videtur argumentum a Collega Magiſtratus municipalis procedere ad Collegam Prætoris: eo quod non tam ipſe Magiſtratus municipalis creditur Collegam dare tutorem, quam Præſes cujus juſſu ab eo datus tutor, & ad ſuſcipiendam tutelam cogi poteſt. at hoc quem uſum habet in Prætore Collegam ſuum tutorem dante? fruſtra is det tutorem quem non poteſt cogere, ut tutelam ſuſcipiat. Prætorem enim in Prætorem, quaſi pari in parem, quod eſt imperium *l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *D. de recept. l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatuſc. Trebell.*

Illud ſemper conſtitit, Præſidem poſſe tutorem dare tam abſentem, quam præſentem *l.* 5. *D. h. t.* & eſt ratio: quod tutela invito defertur pro munere publico; nec eſt opus præſentia ejus cujus conſenſus non deſideratur. ita quia judicandi munus publicum habetur: negat Papinianus, *l.* 39. *D. de judiciis*, in addicendo Judice præſentiam vel ſcientiam Judicis eſſe neceſſariam.

Adhuc monendum eſt, quod Ulpianus *l.* 3. *D. de tutelis* in hunc ſcribit modum: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, ſi furere cœperint, in ea cauſa ſunt, ut in tutela nihilominus durent: quæ ſententia Q. Mucii quoque fuit, & a Juliano probatur: eoque jure utimur: ut ceſſet cura, ſi tutelæ ætas indigeat. Quare ſi tutores habent: per furorem in curam non rediguntur: ſive non habent, & furor eis acceſſerit, nihilominus tutores accipere poterunt: quia Lex XII Tabularum ita accepta eſt, ut ad pupillos vel

Digitized by Google

pupillas non pertineant. Inde porro ſubjicit Ulpianus §. 1. *d. l.* 3. Quia autem in pupillorum perſona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etſi minor viginti quinque annis furioſus ſit, curatorem ei non ut furioſo, ſed ut adoleſcenti dari, quaſi ætatis eſſet impedimentum.

Expoſui modum dandæ tutelæ paſſim receptum. nam quod ad illuſtres pupillos attinet: de his placuit ſpecialis forma *Titulo C. de tutor. vel curat. Illuſtr. vel Clariſſ. perſ.*

Venio ad tertiam Rubricæ partem, In quibus cauſis tutores & curatores dentur. In tutoribus duo notabo: primum dari perſonæ. non rei certæ. & tamen hoc fallit ex Lege Julia de maritandis ordinibus & SCto in ſpecie, quæ exſtat apud Ulpianum, *Tit.* XI. §. 20: quo referri debet *l.* 7. *D. h. t.* in qua pro *curatorem* Ulpianus procul dubio ſcripſit *tutorem.* Eſt & alius caſus apud Ulpianum *d. tit.* XI. §. 22. cujus etiam meminit Marcianus *l.* 9. *D. h. t.* Rurſus alius ex Reſcripto Divi Pii *l.* 2. *D. eod. tit.*

Deinde notandum eſt, placuiſſe Regulam, (ſic enim vocatur *l.* 20. §. 1. *D. h. t.*) Habenti tutorem non dari tutorem alium §. 5. *Inſt. de curator. l.* 27. *D. de teſtam. tutel. l.* 9. *C. Qui pet. tut.* Et eſt cauſa Regulæ: quod Lex Atilia videtur locuta fuiſſe nominatim de tutore a Prætore dando ei, qui tutorem non habet. & recte: nam tutela eſt poteſtas in pupillum: quæ non poteſt eſſe ejuſdem penes plures in ſolidum. Poſſunt tamen plures tutores ſimul dari *l.* 23. *D. h. t.* Eſto: ſed hoc caſu plures unius vice funguntur. At plures non poſſunt dari ſeparatim. adeo tutor ſi petitus fuerit habenti, ſed abſente eo quaſi non habenti datus ſit: datio nulla eſt. Sic Marcianus *l.* 10. *D. h. t.* & reſpiciens ad regulam juris: cum is locus ſit ex ejus libro 5. Regularum.

Petendus igitur eſt fons regulæ ab interpretatione Legis Atiliæ: de qua ita Juſtinianus *pr. Inſt. de Atil. tut. Si cui nullus omnino tutor fuerat: ei dabatur tutor ex Lege Atilia.* Ait, *Si cui nullus omnino fuerat tutor:* id eſt, nullus, nec teſtamentarius, nec legitimus. Quid, ſi teſtamento datus ſit tutor: ſed ſub conditione, aut ex die? poterat dici, non eſſe nullum: & eſt ſic in legitimo reſponſum, propter ſpem teſtamentariæ tutelæ. Sed hic placuit, medio tempore alium eſſe dandum: quaſi adhuc nullo in teſtamento conſtituto: propter manifeſtam teſtatoris voluntatem pro Lege haberi ſolitam. *l.* 11. *pr. D. de teſtam. tut.* Obſtat, inquies, quod tutoris datio eſt actus legitimus: iſque vitiatur appoſita conditione aut die *l.* 77. *D. de reg. jur.* Sed jam monui, eum vitiari conditione palam adjecta; non æque, ſi adjiciatur tacite; ut ſit in præſente ſpecie: in qua pure datus tutor, eſſe deſinit tutor, exiſtente conditione aut die §. 1. *Inſt. de Atil. tutor.* nam & ab hoſtibus tutore capto, ex his legibus, id eſt, Lege Atilia, item Lege Julia & Titia, tutor petebatur: qui deſinebat eſſe tutor, ſi is qui captus in civitatem reverſus fuerat: eo quod reverſus tutelam jure poſtliminii recipiebat §. 2. *d. t.*

Illud quale quod in *l.* 15. *D. de tutelis* ita ſcribit Ulpianus: *Si quis tutor non ſit captus ab hoſtibus, ſed miſſus ad eos quaſi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit: quia ſervus non efficitur, tutor manet: ſed interim a Præſidibus alius tutor dabitur.* Hæc lectio caret ſenſu, vitiata non uno modo. tu petis remedium. conabor dare a ſpecie apta. in qua tutor quo de agitur non ſit captus ab hoſtibus: ſed ad hoſtes miſſus: ita ut potuerit hoſtium ſervus fieri. factus tamen ſervus non ſit: eoque tutela ex die miſſionis ſuſpenſa ſit, extincta non ſit. Talem ſpeciem habebis: ponentibus, tutorem ob pacem cum hoſtibus injuſſu Populi factam, verbi gratia, a Populo aut Senatu (utrumque obtinuiſſe, docuit me Cicero *lib.* 3. *De officiis, & lib.* 1. *De Oratore c.* 40.) ad hoſtes fuiſſe miſſum illis dedendum, ſed ab eis non receptum: nam receptus potuit hoſtium ſervus fieri. non receptus, etſi miſſus, non potuit: deditione ſine effectu relicta. manet igitur tutor qui & civis & liber manet. Cæterum, quamdiu incertum eſt, utrum ſint recepturi hoſtes miſſum, an non ſint, Ulpiano pendere videtur tutela: & ne mora deterior fiat pupilli cauſa; neceſſe eſſe, ei interim a Præſidibus alium tutorem dari. Hanc ſpeciem confinxi admodum juvenis: & cum aptanda erat turbulentis Ulpiani verbis; ne timui quidem, Ulpianum ad hunc modum reformare. *Si quis tutor non ſit captus ab hoſtibus, ſed miſſus ad eos quaſi lege, haut etiam receptus ab eis, quia ſervus non efficitur, tutor manet, ſed interim alius tutor dabitur.* Magnum vides auſum hominis admodum juvenis: ſed me ejus nondum piget jam ſenem. Primum quis poteſt hic eſſe uſus verborum, *quaſi legatus?* plane nullus. nam ad hoſtes miſſus quaſi legatus, numquam ſit hoſtium ſervus: contra eſt apud hoſtes liber jure gentium, ſanctus, & tutus. Igitur liceat mihi apud Ulpianum mutare verba tam falſa, quam inſulſa: ac pro, *quaſi legatus*, reponere, *quaſi lege* vel *qua lege*, id eſt aliqua lege: juvantibus præſertim conjecturam Siglis, Q. L. tam *qua lege*, vel *quaſi lege*, quam *quaſi legatus*, ſignificantibus. fuit autem Librario proclivius ſcribere *quaſi legatus*; exiſtimanti, hoc magis convenire his, *ſed miſſus ad eos.* Verum quæ fuit Librarii, hæc non eſt mea ſuſpicio: non ferentibus eam, præter ſuperiora, cæteris Ulpiani verbis. Ain' tu? retineamus, quando lubet, hæc, *quaſi legatus:* & dic, quid deſignet proxima adjectio, *aut etiam receptus ab iis, aut transfugerit?* non oſtendes bona fide. at mihi ne ſana quidem videtur: eoque

pro

pro *aut etiam receptus*, lego, *haut etiam receptus*: atque eo probabilius, quia frequentem in ſcriptis Veterum eſſe permutationem particularum *aut* & *haut*, obſervatum olim eſt inter alios a Jano Rutgerſio, *Venuſin. lect. c.* 14. & Gulielmo Fornerio *lib.* 3. *Select. c. ult.* Nondum dixi omnia: præterea delevi hæc, *aut transfugerit*; ſpuria eſſe arbitratus. primum, quia transfuga fit quidem ſuæ hoſtis patriæ, in eaque deſinit eſſe civis, mediam paſſus capitis deminutionem *l.* 5. §. 1. *D. de capite minutis*: ſed non idcirco fit ſervus eorum a quibus recipitur. quid, ſi addam, ad ſuos reverſum non habere poſtliminium *l.* 14. *D. Quib. ex cauſ. major. l.* 19. §. 4. *D. de captiv.* contra pro hoſte haberi, & morte puniri. Id vero ſi eſt, (ut eſt veriſſimum ex *l.* 3. §. 10. *& l.* 7. *d. t.*) quæſo, quo colore potuit ab Ulpiano dici *d. l.* 15. *D. de tutelis*, transfugam, quia ſervus non efficitur, tutorem manere, & interim alium tutorem dandum? nam ut maneat liber, & non fiat ſervus, tamen quia non manet civis, paſſus mediam capitis deminutionem, non manet tutor. §. 4. *Inſt. Quib. mod. tutel. fin.* Emendationem & ſenſum Ulpiani vides. Firmamentum petis. Vix eſt opus. accipe tamen a Cicerone *Pro Cæcina*, de re ſic loquente *c.* 34. *Quid? quem pater patratus dedidit, aut ſuus pater populuſve vendidit, quo is jure amittit civitatem? ut religione ſolvatur civitas, civis Romanus traditur. qui cum eſt acceptus, eſt eorum quibus eſt deditus; ſi non accipiunt, ut Mancinum Numantini, retinet integram cauſam & jus civitatis.* Idem ſimiliter in *Topicis*, *Quo*, inquit, *in genere etiam Mancini cauſa defendi poteſt, poſtliminio rediiſſe, deditum non eſſe; quoniam non ſit receptus: nam neque donationem, neque deditionem ſine acceptione intelligi poſſe.*

Poſſent hæc ad verum accedere: niſi moram objiceret Modeſtinus *l.* 4. *D. de captivis* & Pomponius *l. ult. D. de legationibus.* Modeſtini verba ex lib. 3. Regularum talia ſunt: *Eos qui ab hoſtibus capiuntur, vel hoſtibus deduntur, jure poſtliminii reverti antiquitus placuit. An qui hoſtibus deditus reverſus, nec a nobis receptus, civis Romanus ſit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum eſt? & conſequens eſt, ut civitatem non adipiſcatur.* Ita editur Florentiæ. ſed præſtat conjectura V. CL. Franciſci Balduini *De juriſprud. Muciana*, emendantis: *Eos qui ab hoſtibus capiuntur, nec hoſtibus deduntur, jure poſtliminii reverti, antiquitus placuit.* Optimo ſenſu: Ab hoſtibus captos, cum revertuntur, habere poſtliminium; modo victi armis, ſe privata pactione non dediderunt. qua ratione? nempe, quia pacta inter hoſtes valent, & facta ſervanda ſunt jure gentium. Juvat hoc Paull *l.* 17. *d. t. Poſtliminio carent, qui armis victi hoſtibus ſe dederunt.* Tantum de priore Modeſtini verſu. Quid poſterior? ſic ſonat; *An qui hoſtibus deditus reverſus, nec a nobis receptus, civis Romanus ſit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum eſt? & conſequens eſt, ut civitatem non adipiſcatur.* Vel huic ſcripturæ, etſi Florentinæ, controverſiam movit Balduinus: pro *nec a nobis receptus*, ſubſtituens, *nec ab eis receptus.* Et in hoc multi Balduino ſuffragantur. Sed mihi lubet experiri; an Modeſtino ſervari poſſit vetus lectio, *nec a nobis receptus?* Et poterit: dum, *a nobis*, valeat, quatenus ad nos attinet. Hanc loquendi formam, quantum ſcio, nemo hic animadvertit. Sed ſimilem alibi pulchre obſervavit Andreas Alciatus *lib.* 6. *Parerg. c.* 21. & Fridericus Taubmannus ad Plautum *Epidic.* 1. 2. 26. Secundum hæc, me interprete, talis erit Modeſtini ſenſus: An qui hoſtibus deditus, poſtea domum reverſus, nec in civitatem, quatenus ad nos attinet, receptus, ipſo jure civis Romanus ſit? Res evidens; ſed ut evidentior fiat, addam: quod a Modeſtino indigitatur Fori diſputatio in re obſcura & difficili apud Veteres ſolita adhiberi. de ea egi ſæpe, & in primis *lib.* 1. *tit.* 1. *De juſtitia & jure ad fin.* Ex hoc more in ea quæſito; an qui hoſtibus deditus, ob pacem injuſſu Populi factam, domum reverſus, quatenus ad nos attinet, in civitatem publice non receptus nova lege, ipſo jure civis Romanus ſit? Bruto placuit, eſſe civem: Quinto Mucio (is Modeſtino Scævola dicitur) contra, non eſſe. Et, ut intelligo ex Pomponio *l. ult. D. de legationibus*, Modeſtino aſſentit Quintus Mucius his verbis: *Et conſequens eſt, ut civitatem non adipiſcatur*: id eſt, conſequens eſt, ut eam ipſo jure, ultro non adipiſcatur. Ita eſt: fuit hæc ſecundum Pomponium clara Quinti Mucii ſententia: ſed non ſola hæc fuit; ne putes. amplius voluit Pomponius, quod prævaluit illa Quinti Mucii ſententia: ſubnixa quippe ſuffragiis plurium Juriſconſultorum: eoque, ut moris erat, fuit recepta pro Juris regula; & pro tali a Modeſtino (indicio Inſcriptionis *d. l.* 4. præferentis ejus lib. 3. Regularum) inter juris regulas relata. Forte poſſit ab ea quoque cauſa profectum fuiſſe, quod de P. Rutilio M. F. Tribuno Plebis in hunc modum memoriæ prodidit Cicero *De Oratore lib.* 1. *c.* 40. *Etenim ſic C. Mancinum, nobiliſſimum virum ac conſularem, cum eum propter invidiam Numantini fœderis pater patratus ex S. C. Numantinis dedidiſſet, eumque illi non recepiſſent, poſteaque Mancinus domum reveniſſet, neque in Senatum introire dubitaſſet; P. Rutilius M. F. Tribunus Plebis de Senatu juſſit educi: quod eum civem negaret eſſe: quia memoria ſic eſſet proditum, quem pater ſuus aut Populus vendidiſſet, ei nullum eſſe poſtliminium.*

Dixi, quid in Fori diſputatione obtinuerit ex auctoritate Quinti Mucii. Nondum, quid poſtea inſecutum ſit. Ad hoc Pomponium tibi delegabo *l. ult. D. de legationibus* ex lib.

37. Ad

37. Ad Quintum Mucium ita loquentem: *Si quis legatum hoſtium pulſaſſet, contra jus gentium id commiſſum eſſe exiſtimatur: quia ſancti habentur legati: & ideo ſi cum legati apud nos eſſent gentis alicujus, bellum cum eis indictum ſit? reſponſum eſt, liberos eos manere: id enim juri gentium conveniens eſſe: itaque eum qui legatum pulſaſſet, Quintus Mucius dedi hoſtibus, quorum erant legati, ſolitus eſt reſpondere. quem hoſtes ſi non recepiſſent, quæſitum eſt, an civis Romanus maneret? quibuſdam exiſtimantibus manere, aliis contra: quia quem ſemel populus juſſiſſet dedi, ex civitate expulſiſſe videretur: ſicut faceret, cum aqua & igni interdiceret. in qua ſententia videtur Publius Mucius fuiſſe. id autem maxime quæſitum eſt in Hoſtilio Mancino quem Numantini ſibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex poſtea lata eſt, ut eſſet civis Romanus, & præturam quoque geſſiſſe dicitur.* Summa hæc eſt: quod cum Hoſtilius Mancinus, ob invidiam Numantini fœderis, Numantinis eſſet juſſu Populi Romani deditus, non tamen ab illis receptus, & poſtea domum reverſo, dubitaretur, an civis Romanus manſiſſet: inſtitutam inter Juriſconſultos fuiſſe Fori diſputationem. in qua cum eſſet de jure quæſitum, fuiſſe variatum: aliis, inter quos Bruto, exiſtimantibus, civem manſiſſe: aliis contra, non manſiſſe; & ab his ſtetiſſe Quintum Mucium; ejuſque ſententiam plurium ſuffragiis prævaluiſſe, proque regula receptam: ſicut a Modeſtino quoque inter regulas relatam fuiſſe indicio Inſcriptionis *l.* 4. *D. de captivis*, paulo ante obſervatum eſt. Cæterum Populo Romano poſtea aliter ſediſſe: nam lege lata juſſiſſe, ut quæ Bruti ſententia fuit, Mancinus eſſet civis Romanus: & pro tali habitum fuiſſe; ac Præturam quoque geſſiſſe. Quid inde? putemus, ſic evanuiſſe regulam Quinti Mucii, & Bruti ſententiam obtinuiſſe, tamquam benigniorem, eaque ratione etiam retentam a Cicerone *Pro Cæcina, & in Topicis*, ut ſupra demonſtratum.

Diu me moratus eſt hic tractatus. liceat tamen illi duo adjicere. Unum eſt, quod Pomponius, *De quo tamen*, inquiens, *lex poſtea lata eſt, ut eſſet civis Romanus, & præturam quoque geſſiſſe dicitur*, ejus hanc habet rationem: quod motis e Senatu Viris Conſularibus aut Prætoriis, ut Mancino contigerat, in Senatum redeundi via erat per Præturam. Ejus viæ meminit Paulus Manutius, *De civitate Romana pag.* 35. & eſt exemplum apud Dionem *lib.* 37. *pag.* 49. verba ſunt: *Et Publium Lentulum qui poſt geſtum conſulatum Senatu exciderat: ac Senatoriæ dignitatis recuperandæ cauſa Præturam tunc gerebat.* Item *lib.* 42. *pag.* 236. in ſequentibus verbis: *Ab his Salluſtius (qui ut Senatoriam dignitatem recuperaret, tum Prætor factus erat) propemodum occiſus.* Altera obſervatio verſabitur circa hæc Pomponii verba, *In qua ſententia videtur Publius Mucius fuiſſe.* In his ſuſpectus mihi eſt *Publius Mucius.* Scio, fuiſſe Juriſconſultum celebrem, ac laudatum, etiam allegatum in *l.* 66. *D. Solut. matrim.* ſed metuo, ne hic debeatur incogitantiæ Pomponii: & pro eo ponendus ſit *Quintus Mucius.* obſervavi complura ejus generis vitia apud Veteres *lib.* 1. *Probabilium c.* 9. *& ſeqq.* in præſenti vero mihi tale perſuadet, quod Pomponius paulo ante, & quidem bis, non Publii Mucii meminit, ſed Quinti Mucii. præterea eſt mihi argumento loci Inſcriptio, *Pomponius lib.* 37. *Ad Quintum Mucium*, eo libro contineri Pomponii Notas ad Quintum Mucium: inque his tractatam ex illo inter alias præſentem eſſe quæſtionem: ſimul, eum qui hic Quintus vocatur, in *d. l.* 4. *D. de captivis* appellari Scævolam, licet alioquin ille Publius æque Mucius Scævola nominatus fuerit.

Tantum de tutoribus. tranſeamus ad curatores: nam & horum meminit Rubrica. ait vero Modeſtinus *l.* 20. *§.* 1. *h. t.* quæ eſt ex lib. 7. Differentiarum, cum enarraret differentias tutoris & curatoris, Regulam juris non eſſe impedimento, quo minus curatorem habenti alius curator detur. Et tamen hoc difficultatem recipit, propter Rubricam Codicis, *In quibus caſibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator detur.* Nam ea ſupponit, Regulam tam in curatore procedere, quam in tutore: ſub eaque Rubrica proponi Regulæ exceptiones, ac caſus in quibus detur tutor tutorem habenti, vel curator detur curatorem habenti. Sed corrupta eſt Rubrica, & ſic reſtituenda, *In quibus caſibus tutorem habenti tutor, vel curator detur.* Præterea movet hic ſcrupulum *l.* 10. *C. Qui dar. tut. poſ.* Sed in hac quoque lege pro *Curatorem* oportet ſcribi, *Tutorem*: quomodo in quibuſdam libris exſtare, ſuo tempore annotavit Accurſius: & ſic legi, ſequentia ſuadent legis verba, *Negotiis pupillaribus*: ex quibus liquet, ibi agi de pupillo: non de minore. eſt forte etiam vitioſa ejus loci Inſcriptio: in eaque expungenda vox *Militi.* add. Cujac. *lib.* 17. *Obſerv. c.* 6.

Cæterum ut intelligatur, in quibus cauſis minoribus dentur curatores: ſciendum eſt, maſculos jure vetere pubertate ſic liberatos eſſe tutela; ut iis deinde nulli darentur curatores: quando Lege XII Tabularum nihil erat de puberum curatoribus cautum, propter ſeculi paupertatem & ſeveritatem: qua fiebat, ut integri eſſent adoleſcentium mores, & honeſta videretur ſobrietas. ſed paulatim labente diſciplina, quod increſcerent æque privatæ opes, ac publicæ, lata eſt Lex Lætoria: quæ præcepit, adoleſcentibus laſcivis & dementibus a Prætore dari curatores. Inde qui minori viginti quinque annis curatorem dari poſtulabat: is neceſſe habebat, alteram harum cauſarum exprimere. Sed hoc cum eſſet a publica utilitate remotum:

viſum

viſum D. Marco, abolito priſtino jure, omnes minores deinceps accipere curatores, etiamſi non probarentur eſſe furioſi aut laſcivi, ſeu prodigi. Auctor Capitolinus, *Marco Antonino. c.* 10. ſic ſcribens. *De curatoribus vero, cum ante non niſi ex Lege Lætoria vel propter laſciviam, vel propter dementiam, darentur, ita ſtatuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſis.* Et Capitolino conſentit Gajus, *lib.* 1. *Inſt. tit. ult.* Verba Gaji. *Peractis pupillaribus annis quibus tutores abſolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. ſub curatore ſunt minores ætate, majores everſores, inſani.* Gajus vult, a minoribus, a furioſis, & everſoribus ſeu prodigis non pendere, an curatores habeant. imo ait, ſicut everſores & furioſi de jure ſunt, ſive eſſe debent, ſub curatoribus: ita ſub curatoribus eſſe minores, id eſt, debere eſſe minores. Eodem modo Ulpianus *l.* 1. *§.* 3. *D. de minoribus. Et ideo hodie in hanc uſque ætatem adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuæ adminiſtratio eis committi debebit, quamvis bene rem ſuam gerentibus.* Senſus Ulpiani eſt: quia virilis vigor in adoleſcentibus demum completur poſt annum vigeſimum quintum; ideo ex Conſtitutione Divi Marci hodie omnes adoleſcentes in hanc uſque ætatem curatorum auxilio reguntur; id eſt, debent regi, ſive jubentur regi: quamvis aliqui rem ſuam bene ſeu prudenter gerant: ac ſi eo prætextu petant veniam ætatis, idcirco non debebit eis rei ſuæ adminiſtratio concedi: ſive jam acceperint curatores, ſive nondum acceperint. Sic mihi videtur: & verbum hoc, *reguntur*, non eſſe facti, ſed juris. Nec aliter accipiendum hoc ejuſdem Ulpiani in *Fragm. Tit.* 12. *in fin. Præterea dat curatorem etiam ei qui nuper pubes factus, idonee negotia ſua tueri non poteſt.* Et eſt hoc idem ei quod ſcribit Juſtinianus *pr. Inſt. de curatoribus* his verbis. *Maſculi quidem puberes & fœminæ viripotentes, uſque ad viceſimum quintum annum completum, curatores accipiant:* id eſt, ut ego explico, de jure debent accipere ex Conſtitutione D. Marci. & eſt optima Imperatoris ratio: *Quia licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſint:* id eſt, paſſim tueri non poſſint. Nec turbat me *§.* 2. *Inſt. eod. tit.* cum locis quibuſdam aliis: ut ad ſequentem Titulum demonſtrabo. Interea cavebo, ne quem vexet Dion Caſſius *lib.* 52. *pag.* 546. jam ejus juris cujus auctorem laudavi Divum Marcum, mentionem faciens in vita Auguſti: quando Mecænatem ita inducit loquentem: *In equeſtrem ſtatum allegendi octodecim annos ætatis habere debent; hac enim ætate potiſſimum & corporum firma affectio & ingenium conſpicitur. In Senatum vero adſcribendi annos viginti & quinque. quomodo enim non ſit turpe ac damnoſum, quum nemini ante id ætatis ſuorum bonorum adminiſtrationem concedat is iis, qui eamdem nondum attigerint, rempublicam vos credere.* Sic Dion. Sed putemus, eum quod ait, Mecænati adſcribere per errorem, vel anticipationem: & quod ſua ætate obtinebat ex D. Marci Conſtitutione, retrahere ad principatum Auguſti: ſub quo id erat incognitum. Quod non oportuit factum: non enim convenit officio Hiſtorici, a quo verum exſpectatur. Potuit ſuo nomine dicere Dion quod ſciebat ſuo tempore: ſed Mecænaits nomine dicere quod ei erat incognitum, non debuit. Dixi hoc eo confidentius: quia ſic prævivit Vellejus Paterculus *lib.* 1. *c.* 3. conſimilia ad hanc formam in monumentis Veterum & annotans & reprehendens: ſicut ne Virgilio quidem pepercit hac in parte Higynus apud A. Gellium *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 16.

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores & ubi petantur.

Superiore Titulo expoſui, qui tutores curatoreſve dare, darive poſſint. Hoc dicam, qui petant tutores vel curatores, & ubi petantur. Sed primum, qui petant. qua in parte erit neceſſe, præmittere, quid ſit tutores vel curatores petere: quoniam eo verbo non infinita, aut informis continetur tutoris curatoriſve alicujus petitio; ſed petitio tutoris certi & deſignati. videlicet tutores curatoreſve petere, non eſt petere aliquos de medio, Prætoris arbitrio eligendos: ſed nominatim petere tutorem vel curatorem Lucium Titium, verbi gratia. ita tutores vel curatores petere eſt, Prætori nominare futuros tutores vel curatores; ſive Prætori dare nomina, dare electa nomina eorum, quos petas, ab eo tutores vel curatores conſtitui. Rem dedi: exſpectas teſtimonia. extant in *l.* 2. *§.* 2. *D.* & *l.* 2. *C. h. t. l.* 24. *D. de tutor. dat. ab his. l.* 1. *§.* 3. *D. de Magiſtrat. conven. l.* 2. *§.* 23. *D. Ad Senatuſc. Tertull.* inde tutores nominati pro datis & creatis *l.* 18. *C. de excuſ. tut.* & alibi. Nec alio pergit hoc *l.* 6. *C. h. t. Matris pietas inſtruere te poteſt, quos tutores filio tuo petere debes.* Fuit hoc diſputanti, qui petant tutores, notandum: ut intelligatur ſtatim, pupillum ipſum ſibi tutorem petere non poſſe. certe obſervat Gajus *l. ult. D. de manumiſſ. vindict.*urioſe cauſatus, perabſurdum fore, in eligendo tutore firmum videri eſſe pupilli judicium cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur. Sed rationis eſt, de nominando & petendo tutore non quæri conſilium & voluntatem pu-

pupilli. nec dubito, quin idcirco tutor dicatur pupillis dari invitis & ignorantibus *l. 5. & 6. D. de tutor. dat. ab his.* ſic certo, non eſſe in pupilli poteſtate non dicam an habeat, ſed ne quidem quem habeat, tutorem. Igitur pupilli ipſi (ſic tandem concludo) non petunt ſibi tutorem: ſed iis tutorem petunt alii.

Qui? Modeſtinus *l. 2. h. t.* ait, quoſdam ex voluntate petere: aliis neceſſe eſſe, petere. Ex voluntate autem petere cognatos, qualis amita *l. 5. C. d. t.* item patruus *l. 10. C. d. t.* Præterea ait, ex voluntate tutores petere qui ſecundum affinitatem ſunt familiares parentum maſculorum & fœminarum. etiam poſſe, inquit, amicos parentum, (quorum meminit quoque *l. 44. D. de negot. geſtis.*) & educatores ipſorum puerorum petere. An & creditor, futura ei lite cum pupillo? Modeſtinus *d. l. 2. §. 3. h. t.* ſic finit: Si aliquis vel creditor, vel legatarius, vel alius, neceſſariam habeat adverſus pupillum perſecutionem: ipſe quidem non petet tutorem pupillo, ſed eos qui petere poſſunt, rogabit petere, (puto, pupilli nomine) vel ſi hi neglexerint petere, tunc accedens ad Præſidem, hoc ipſum dicet; ut conſtituto more legitimo (Antonius Auguſtinus *lib. ſing. Ad Modeſtiuum* mavult, *conſtituto tutore legitimo*) ea adverſus pupillum moveatur perſecutio. Senſus eſt, ſi neceſſarii neglexerint, pupillo tutorem petere; poſtquam admoniti ſunt, ut petant; deinde quod neceſſe eſt, adibit Prætorem creditor, & dicet, rogatos a ſe eſſe neceſſarios, ut pupillo tutorem peterent ad litem: & quia id neglexerunt, aut recuſarunt idcirco ſe petere; ut L. Titius pupillo ad litem detur tutor. Hoc: ſi pupillus habeat neceſſarios. quid, ſi non habeat? hunc articulum non attingit Modeſtinus. Verum Imp. Antoninus *l. 4. C. h. t.* de eo conſultus a Domnino quodam, ei ſic reſcribit: *Si filiis debitoris tui non ſunt neceſſarii, qui tutores petant, potes & ipſe curare, ut accipiant, per quos legitime defendantur.* Præter hanc formam, eſt & alia ſcitu digna, quam ſuppeditat Ulpianus *l. 3. §. 2. D. de tutelis:* ſi tutori futura ſit lis cum ſuo pupillo; aut vice verſa pupillo cum ſuo tutore: hos enim ponit caſus. Verba autem Ulpiani, ſi quis requirat, talia ſunt: *Si pupillus pupillave cum juſto tutore, tutorve cum eorum quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur: utrum ipſis poſcentibus datur, an vero & adverſario? Et ſciendum eſt, ſive agant, ſive conveniantur, dari hunc curatorem poſſe: ſed non alias, quam ſi ipſe petat, cui dari eum oportet. denique Caſſius lib. 6. ſcripſit, talem curatorem neminem dari poſſe, niſi præſentem: neque cuique, niſi præſenti & poſtulanti. itaque infanti non poteſt dari. idem Caſſius ait, ſi pupillus curatorem poſcere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum a Prætore debuiſſe.* Quod eſt obſervandum; atque eo magis; quia inde apparet, pupillum in propoſito videri quoque volentem petere curatorem; quum, ut velit, a Prætore cogitur petere. Huic obſervationi etiam alia accedit: quod Tribonianus in *d. l. 3. §. 2.* pro *tutore* qui pupillo ad litem olim erat neceſſarius, ex jure novo ſubjecit *curatorem:* eamque conjecturam ipſe juvat Ulpianus in *Fragm. Tit.* XI. *Moribus*, inquiens, *tutor datur mulieri pupillove qui cum tutore ſuo lege aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat.* Quid ſi ex hoc Fragmento poſſit præterea in *d. §. 2. l. 3.* alicui ſuſpectum fieri hoc, *litem agere:* exiſtimanti, Ulpianum ſcripſiſſe, *lege agere*, aut *legitimo judicio agere*. Sequens locus eſt, qui ex neceſſitate petant tutores. Tales ait Modeſtinus, eſſe matrem & libertos. hos jure obſequii *l. 2. C. h. t.* illam officio pietatis *l. 6. l. 8. & 9. C. eod. tit.* Primum nominat matrem; eique ſi non petat filiis tutores, pœnam denunciat ex Epiſtola D. Severi: cujus hæc ſunt verba *l. 2. §. 2. D. h. t. Divus Severus Cuſpio Rufino. Omnem me rationem adhibere ſubveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo: & ideo quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis ſuis vel prioribus excuſatis rejectiſve non confeſtim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum.* Hæc Severi Epiſtola in *l. 4. pr. §. 2. & 4. h. t. & l. 2. §. 23. D. Ad Senatuſc. Tertull.* generali vocabulo placiti Principalis Conſtitutio indigitatur, & in *l. 10. C. de legitim. heredib.* Lex, & in *l. unic. Cod. Theod.* priſca Lex. Intererit, ſingula Epiſtolæ verba examinare.

Principio ait: *Quæ mater non petierit tutores idoneos filiis ſuis.* Epiſtola pœnam ſoli minatur matri, tutores filiis non petenti. ſola igitur, ſi non petierit tutores, ſeveritate Epiſtolæ coërcetur. Ita ex verbis Epiſtolæ: ſed contemplatio pietatis movit Jureconſultos, ut ſub matris appellatione etiam aviam quaſi ex mente Epiſtolæ comprehenderent *l. 2. §. 28. D. Ad Senatuſc. Tertull.* Ad avum eam extendere auſi non fuere: credo, intercedente dignitate ſexus; ne fœminino vocabulo mas deſignatus videretur: quod Veteres noluiſſe pluribus exemplis evici, ſupra ſub Titulo, *De teſtamentaria tutela.* Cæterum Principes, e re publica eſſe intelligentes, longius porrigi providentiam pupillorum, quod de matre conſtituit Epiſtola, non ad aviam tantum, ſed ad avum quoque tranſtulere. *l. unic. Cod. Theod. h. t.* imo idem onus tandem impoſuere omnibus qui ad pupilli ſucceſſionem vel ab inteſtato vel ex ſubſtitutione vocantur *l. 10. C. de legitim. heredib.*

Tenes, qui debeant pupillis tutores petere. nondum a quo eos peti oporteat. Ulpianus *d. l. 2. §. 23.* ait Conſtitutionem loqui quidem de Prætore; ut puta ſcriptam ad Cuſpium Rufinum, quem Prætorem fuiſſe, conjicio: ſed ſe putare, etiam locum habere in provinciis. videlicet, quia omnia provin-

vincialia deſideria quæ Romæ varios judices habent, ad officium Præſidum pertinent *l.* 10. 11. & 12. *D. de offic. Præſid. l.* 7. §. 2. *l.* 8. & 9. *D. de offic. Proconſ.* Ulpianus tamen de Præſidibus in *d. l.* 2. §. 23. nihil manifeſte exprimit: ſine dubio, quia his Oratione Divi Marci directo jus erat dandi tutores, idque conſtabat omnibus. verum ait matrem puniri, etiamſi a Magiſtratibus municipalibus non petat tutores: & præfatur, quoniam & Magiſtratibus municipalibus dandi neceſſitas injungitur, eadem videlicet D. Marci Oratione: non directo quidem; ſed demum ſi a Præſidibus juſſi ſint, cum non ſunt magnæ pupilli facultates.

Incidit igitur mater in pœnam; ſi filiis ſuis impuberibus non petierit tutores. nec eſſem ſollicitus, utros intelligi oporteret, legitimos, an naturales, matre utriſque ex Senatuſconſulto Tertulliano peræque ſnccedente *§. ult. Inſt. De Senatuſc. Tertull.* niſi a Zenone ad Dioſcorum, Præfectum Prætorio, hoc modo reperirem ſcriptum *l. ult. C. h. t. Matres naturalibus etiam filiis ad ſimilitudinem eorum qui ex juſtis ac legitimis nuptiis ſunt procreati, petendorum tutorum neceſſitati ſubjaceant.* Punitur igitur mater filiis ſive legitimis, ſive naturalibus, non petendo tutores. An & filiabus? has non attingit Conſtitutio. idem tamen in filiabus admittit interpretatio ex uſu ſermonis *l.* 195. *D. de verb. ſign.* & poſtulante officio pietatis. Quid, ſi nepotibus? Ulpianus *d. l.* 2. §. 28. ait, non petendo æque puniri. recte: licet enim aliter ſonet filius, aliter nepos, verbi proprietatem retinentibus: egregie tamen ſcribit Julianus *l.* 201. *D. de verb. ſignif.* juſta interpretatione recipi, ut filii appellatione ſicuti filiusfamilias continetur ſæpe, ita & nepos videatur comprehendi.

Vult igitur Epiſtola, a matre tutores peti filiis impuberibus. An & curatores? Ulpianus *d. l.* 2. §. 29. Verba, inquit, deficiunt: ſed dicendum eſt, ſi impuberibus non petiit, eamdem eſſe rationem: ſi puberibus, ceſſare debere. nempe, quia his alii non petunt curatores: ſed ipſi petunt ſibi: ut poſt dicetur. Similiter putat Ulpianus §. 30. *d. l.* matrem, ſi cum prægnans eſſet, curatorem bonis non petiit, in ſententiam incidere. Et mox ſubjicit: Nam & ſi impuberem apud hoſtes habet, idem erit dicendum. Ab eadem cauſa fuit quæſitum, quid juris ſit, ſi furioſo tutorem vel curatorem non petiit? Et hic ait Ulpianus §. 31. magis eſſe, ut incidat.

Punitur igitur mater quæ non petierit tutores filiis ſuis. petere vero tutores quid ſit, hic ſubjicere, nihil attinet: in anteceſſum jam demonſtrato, tutores petere non eſſe in genere aliquos petere Prætoris arbitrio eligendos: ſed eligere & nominare certos quos ab eo dari petas. Illud non ſilebo, Epiſtolam tutores a matre peti jubentem, non eſſe verbis contentam, petitione (ut ait Modeſtinus *l.* 2. §. t. *h. t.*) puritatis gratia facta, ſive ut Ulpianus *d. l.* 2. §. 32. *D. Ad Senatuſc. Tertull.*) defunctorie: ſed indigitare petitionem ſeriam & effectum habituram. id ſatis evincit tenor & contextus Epiſtolæ. ſed fuit etiam Reſcripto declaratum, ut *d.* §. refert Ulpianus. ideoque valde probo hoc ejuſdem Ulpiani §. 42. *Quid, ſi non compulit eos miſcere ſe tutelæ? Et cum plenum officium a matre deſideremus, & hæc ei curanda ſunt, ne in hereditate ei obſtent.* Ab eadem cauſa ſic Tryphoninus *l.* 4. *D. h. t. Credendum eſt, & eam matrem Conſtitutione contineri quæ a patre non legitime tutores teſtamento vel codicillis datos filiis impuberibus non poſtulavit decreto confirmari.* Ab eodem etiam fonte eſt, quod mater dicitur puniri, non ſolum qnæ non petiit, ſed & quæ petiit vel privilegio munitum, vel oneratum tribus tutelis: maxime, ſi id fecerit data opera. ſic enim eſt dolus malus: quem impunitum eſſe non oportet. quid ergo, ſi tales petiit, & hi ſuſceperunt nihilominus, vel detenti ſunt? excuſata erit mater: puto, quia adhuc exitum habuit petitio: quod unice intendit Conſtitutio. Quid, ſi indignos, id eſt, minus habiles ad tutelam petiit, quoniam ſciebat, Prætorem eos non daturum? certum eſt, ſi non dedit eos Prætor; non videri petitos. quid tamen ſi dedit, matris petitionem ſecutus? ait Ulpianus §. 34. jam quidem Prætoris delictum eſſe, ſed & matris conſilium puniri. Ergo (ſic infert §. 36.) ſive non petierit, ſive idoneos non petierit, punietur, etiamſi dati fuerint minus idonei, Prætore errante. Idoneos autem, ut hoc addam, utrum facultatibus, an & moribus petere debeat, dubitationis eſſe poſſe, Ulpianus ait: ſed ſe putare, facile ei ignoſci, ſi locupletes ſint hi, quos petiit § 37. &, ut mihi videtur, optime. nam mores æſtimare, non eſt cujuſvis: modum certe muliebris infirmitatia egreditur: ut poſt dicetur. Cæterum quæ dixi vera ſunt: cum impuberes liberi nnllos habent tutores. ſed finge, habere: verum ſuſpecto tutore pupilli accuſato, decretum eſſe, ei alios adjungi: an eos quoque petere debet? ſilent Conſtitutionis verba: ſed æquitatis eſt, idem ſervari. ita viſum Trypbonino; &, ſi non petat mater, incidere in ſententiam Conſtitutionis *l.* 4. §. 2. *h. t.* Superiori quæſtioni affinis eſt ſequens: an quæ petere debuit tutorem, etiam ſuſpectum facere debeat? Negat Tryphoninus *d. l.* 4. §. 4. Quæ, inquiens, ſuſpectum tutorem non fecit, nec verbis, nec ſententia Conſtitutionis in pœnam incidit. Et rationem addit Tryphoninus, quæ eſt pulchra, quamquam obſcurius poſita: quod hujuſmodi facta dijudicare & æſtimare, virilis animi eſt. contra fœmina pro imbecillitate ſexus etiam poteſt delicta ignorare, id eſt, non utique poteſt diſcernere. quare ſatis eſt, eam petiiſſe

talem, qui inquiſitione per Prætorem habita idoneus apparuit. idque ulterius ſic decretorie firmat: & ideo nec judicium ejus ſufficit ad eligendos tutores, ſed inquiſitio fit, etiam ſi maxime in bona propria liberis ſuis teſtamento tutores dederit.

Pergit Epiſtola: *Vel prioribus excuſatis rejectiſve, non confeſtim aliorum nomina dederit.* Non igitur ſufficit Epiſtolæ, matrem, ut libera ſit a pœna, tutores petiiſſe. plus jubet, eam, ſi petierit aliquos, & hi fuerint aut excuſati aut rejecti; adhuc aliorum nomina edere; id eſt, in eorum locum petere alios: & ſi vel hoc neglexerit, puniri. Sit ita: ſi quidem omnes fuerint excuſati rejective: ſed quid, ſi non omnes ſint excuſati aut rejecti? adhuc putat Ulpianus, ei imputandum *d. l.* 2. §. 39. Vult igitur Epiſtola, tutoribus rejectis aut excuſatis, alios in eorum locum peti. Sed quid, ſi deceſſerint quidam? Hic quidem verba deficiunt: ſed ſit paritate rationis, ut ſententiæ locum faciat Ulpianus §. 40. Poteſt hic eſſe & alia inſpectio: quod enim diximus, *Rejecti*, utrum ſic accipimus, a Prætore non dati: an & ſi ſuſpecti fuerint remoti vel ob negligentiam, vel ignaviam repulſi? etiam hos quis rejectos recte dicet. Ergo & ſi latitent. ſed longum eſt. nam nec hoc ei imputetur, cur ſuſpectos non fecerit. alioquin & ſi latitarent, potuit Edicto deſiderare, ut eos adeſſe Prætor juberet, & ſuſpectos eos removeret, ſi deeſſent.

Vult igitur Epiſtola, matrem, ſi petierit tutores, iique excuſati aut rejecti fuerint, alios petere in eorum locum: ſed confeſtim. Ulpianus *l.* 2. §. 35. *D. Ad Senatuſc. Tertull.* ait, ſine mora. Et in §. 43. id ſic accipit, ubi primum potuit, id eſt Prætoris copiam habuit, huic rei ſedentis. addit temperamentum: niſi forte infirmitate impedita eſt, vel alia magna cauſa quæ etiam mandare eam ad petendos tutores impediret: ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet. Igitur quod eſt confeſtim in Epiſtola, Theodoſius *l.* 10. *C. de legitim. heredib.* & Juſtinianus §. *ult. Inſt. De Senatuſc. Tertull.* ſimpliciter reddunt, intra annum.

Poſtremo ait Epiſtola: *Jus non habeat vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum.* Hiſce verbis continetur pœna matris: negligentis tutores, ut oportet, petere filiis impuberibus. ea pœna eſt: quod matri denegatur petitio, hereditatis filii inteſtati mortui. id vero indigitat: quod privatur legitima filii hereditate. adempta enim petitione ſive vindicatione hereditatis; quid reſtat, niſi ut ipſa hereditas adempta intelligatur? Commode Modeſtinus *l.* 52. *D. de adq. rer. dom.* quæ eſt ex lib. 7. Regularum, *Rem in bonis noſtris habere intelligimur, quotiens poſſidentes exceptionem; aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.* Res certa; & ut Epiſtola non vult, matrem habere jus vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum: ſic in *l.* 10. *C. de legitim. hered.* & *l.* 2. *C. Si adverſ. delict.* dicitur ei denegandam eſſe omnem filii ſucceſſionem, ſi impubes moriatur. Imp. Juſtinianus §. *ult. Inſt. De Senatuſc. Tertull.* dicit, eam ab impuberum morientium ſucceſſione repelli. Illud videndum eſſe putat Ulpianus *l.* 2. §. *ult. D. eod. tit.* matre prohibita jus ſuum vindicare, utrum cæteros admittamus, atque ſi mater non eſſet? Sed, inquit, denegamus ei actiones, & invenimus reſcriptum ab Imperatore noſtro Antonino Auguſto & D. Patre ejus Mammiæ Maximinæ: matre remota eos admitti qui venirent, ſi mater non fuiſſet. ergo & adgnati cæterique ſuccedent, aut ſi nemo ſit, bona vacabunt. Quæ dixi vera ſunt, ſi impuberes mortui ſint filii *d. l.* 10. Sed quid, ſi puberes facti decedant? Non oberit matri, impuberibus non petiiſſe tutores *l.* 3. *C. De Senatuſc. Tertull.* tamquam matris culpam deleverit pietas filii qui pubes factus, non facto teſtamento, cum liceret facere, matrem quaſi tacito judicio ab injuria abſolviſſe benigne intelligitur.

Privatur igitur mater, filio impubere mortuo, ejus ſucceſſione ab inteſtato. Quid ſi maritus ipſi a filio reliquerit fideicommiſſum ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſerit, vel ſi inteſtatus mortuus ſit filius? Tryphoninus *l.* 4. §. 3. *D. h. t.* non eſt perempta, inquit, fideicommiſſi petitio. Quam ob rem? cauſatur, quod ex alieno judicio deſcendit. Epiſtola autem tantum loquitur de amiſſione bonorum inteſtati filii. Si tamen filio impuberi ſubſtituta fuerit mater: placuit, etiam ſucceſſionem jure ſubſtitutionis ei denegari. Verum id non debetur Epiſtolæ D. Severi de qua agimus: ſed novæ Conſtitutioni Theodoſii & Valentiniani *l.* 10. *C. de legitim. hered.* & *l.* 6. *C. Ad Senatuſc. Tertull.*

Expoſita ſeveritate Conſtitutionis, age nunc cogitemus de ea temperanda. id enim quo minus fiat non reſiſtit mens Conſtitutionis. Erit pretium operæ, id exemplis paucis demonſtrare. eſt elegans in *l.* 8. *C. h. t.* Proponitur ibi procurator a matre miſſus ad petendum a Præſide tutorem, in itinere a latronibus eſſe interfectus; & hac fatali cauſa petitio non eſſe ſecuta. Quæritur, deinde mortuo filio, an repellenda mater ſit ab hereditatis petitione. erat dubitatio propter verba Conſtitutionis: quæ huc ferunt. Sed Impp. Diocletianus & Maximianus a Muſico conſulti per Libellum, ei reſcribunt, durum eſſe, matrem cujus nullum vitium ſit, a filii ſucceſſione repelli; propter verba Conſtitutionis: nam ejus mentem a matre nihil exigere, præter ſedulum petendi tutoris officium: moram autem quam neceſſitas in propoſito injecit petitioni, pro caſu fortuito haberi oportere. Aliud exemplum eſt in *l.* 9. *C. d. t.*

Ecce:

Ecce.: mater non petiit filio tutorem, non quod negligeret impuberem: ſed quod ei jam impetratus erat ab alio. an incidit mater in Conſtitutionem? negant Imperatores. Atqui ipſa non petiit tutorem: quod volebat Conſtitutio. Non inficior: ſed videamus; ne hæc voluerit, a matre tutorem peti filio, non habenti tutorem. ille vero habebat tutorem: & habenti cum alius dari non poteſt adverſus regulam juris. Igitur quid eſt? Imperatores conſulti ab Aſclepiodoto ita reſcribunt; *Cum jure habenti tutorem tutor dari non poſſit: intelligis matrem non officium pietatis in petendo tutore deſeruiſſe, ſed jure munitam, merito filio ſuo tutorem non poſtulare.* Non minor æquitas excuſandæ matris eſt; ſi ceſſaverit tutores petere, lapſa lubrico ætatis minoris. poteſt enim hic, ut alias, favore ætatis in integrum reſtitui. At enim deliquit. Quid refert? ſi delictum non ex animo venit, ſed extra: ut ut alioquin pœnæ cauſa ex eo pecuniæ damnum irrogetur *l. 1. C. Si adverſ. delict.* Sed clare Diocletianus & Maximianus *l. 2. C. d. t. Licet*, inquiunt, *in delictis ætate neminem excuſari conſtet: matri tamen quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapſa non petiit, eorum minime denegari ſucceſſionem convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat.* Longum eſſet, ſi vellem omnes cauſas excuſandæ matris exponere. plures enim adducit Ulpianus *l. 2. §. 25. 26. & 46. D. Ad Senatuſc. Tertull.* Non tamen prætermittam illam quæ eſt in §. 44. & 45. quia eſt bella ipſius judicio Ulpiani. Fac: aliquis pupillo reliquit amplum legatum ſub conditione, Si tutores non habuerit: & propterea ei mater non petiit, ne conditione deficeretur. An Conſtitutio ceſſet, quæritur. Ulpianus, allatis dubitandi cauſis, putat, ceſſare Conſtitutionem; ſi damnum pupilli minus ſit cumulo legati. mea opinione, belle. verba licet reclament. noluit enim filio nocere mater. contra voluit, prodeſſe; & profuit: non ſervarit igitur verba Conſtitutionis. at non peccavit adverſus mentem: hac clare confitente *l. 2. §. 2. D. h. t.* omnem ſe rationem adhibere ſubveniendis pupillis. Adeo aptari hic poteſt hoc Modeſtini *l. 25. D. de legibus:* Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, eas nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem. Incurrit hic & illa deliberatio: quid juris ſit, ſi dicatur mater tutores non petiiſſe ignorantia juris? Hac matrem non excuſari, certum *l. ult. C. h. t.* ſed ratio quæritur. ſunt qui cauſantur, quod officium petendi tutoris matri ſuggerit pietas naturalis: cujus ignorantia ne in mulieribus quidem probabilis ſit. Sed non placet ea ratio: quippe cum hoc matris delictum extra veniat, non ex animo: & alioquin ne minor quidem mulier a pœna excuſaretur privilegio ætatis. Mihi verior videtur ſequens ratio: quod filii hereditas ſicut eſt, ita habetur, emolumentum ſucceſſionis *l. unic. Cod. Theod. h. t.* ea igitur cum privatur mater, creditur magis carere lucro, quam damno affici: in lucro vero ne mulieribus quidem prodeſt juris ignorantia *l. 6. C. Qui admitti ad bonor. poſſeſſ. l. 7. & 8. D. de jur. & fact. ignor.*

Præter matrem, habent & liberti neceſſe, tutores petere impuberibus patronorum filiis: ceſſantes autem fiunt rei deſerti obſequii *l. 2. C. h. t.* eoque nomine accuſati apud Præſidem puniuntur, ut emendentur: ſi apparuerit, vel propter negligentiam, vel propter malitiam, non petiiſſe *l. 2. §. 1. D. d. t.* Puniuntur igitur corporali pœna. An etiam rediguntur in ſervitutem? id nuſquam proditum. At enim in *l. 2. C. de libert. & eor. liber.* dicitur libertus in ſervitutem redigi levi ex cauſa. Sed id ita eſt: ſi quid fecerit adverſus patronum: non ſi obſequium deſeruerit *l. 30: C. de liberali cauſa.*

Satis de tutoribus pupillorum. venio ad curatores minorum. Hos alius non petit ipſis: ſed eos ipſi petunt ſibi; præſentes per ſe; abſentes per procuratorem *l. 2. §. 4. & 5. D. h. t.* quid ſi nullos petant? nempe a Prætore cogentur mulctæ dictione & pignoris captione: exemplo pupilli litem cum ſuo tutore habituri: de quo eſt in *l. 3. §. 2. D. de tutelis.* Aliquis dicat: *Inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.* Sed id me non turbat; quamvis ſciam, ita locutum eſſe Juſtinianum §. 2. *Inſt. De curatoribus.* ſunt enim prudenter accipienda ejus verba. & aut omnia me fallunt, aut ea minores comparant cum prodigis & furioſis. Quo modo? attende: dicam clare, ut res elegans & parum intellecta meretur. Placuit D. Marco, omnibus minoribus, ſola contemplatione minoris ætatis, non redditis cauſis, curatores dari: cum ex Lege Lætoria ante nullis darentur, niſi ob furorem aut luxuriam. id pro ſua providentia credidit ſapientiſſimus Imperator, humanitati convenire; ne curatores minoribus darentur exemplo prodigorum aut furioſorum. pepercit igitur honori & verecundiæ minorum; volens quidem illis, propter ætatem, curatores dari, ſed non aliter, quam poſtulantibus: cum furioſis & prodigis ex Lege Lætoria darentur curatores, non ipſis, ſed aliis, illos ob furorem aut luxuriam petentibus, probato furore aut luxuria. Sic apparet, per furioſos aut laſcivos adoleſcentes non ſtetiſſe, non modo utrum curatores haberent, ſed ne quidem quos acciperent, & hac ratione invitos accepiſſe: minores contra invitos non accepiſſe curatores; etſi aliquem habere eos oporteret. nimirum, quia his non dabantur curatores eis petiti oblative ab aliis; ſed hi tantum quos ipſi petendo nominaſſent: ut dixi, laudabili Principis humanitate, ne minori datus curator ob æta-

quin ſuum periculum facturus *l.* 7. §. 1. *D. & l.* 24. *C. h. t.* Ex pecunia inde collecta, addita reliqua quæ apud pupillum reperiatur, debet, ſi ſumma patietur, prædia comparare, & ei rei pecuniam deponere *l.* 5. *D. & l.* 24. *C: h. t.* ſi ceſſat, a Prætore cogitur; &, ſi vilis ſit, etiam coërcetur vinculis publicis *l.* 3. §. 16. *D. de ſuſpect. tut.* non minus poterit conveniri in uſuras: niſi ſi per eum non eſt factum, quo minus compararet *l.* 7. §. 3. *h. t.* Uſuras porro intelligo hac in ſpecie graviſſimas quæ appellantur legitimæ, in primis ſi comminatio præceſſit *l.* 7. §. 7. & 10. *h. t.* Quod ſi ſumma ad prædia non ſufficiet: pecuniam fœnori collocabit *d. l.* 24. *C. h. t.* & quidem intra ſex primos menſes. ſi non collocabit; convenietur ipſe in uſuras ejus pecuniæ *l.* 15. *h. t.* Dixi, Intra ſex primos menſes: nam quod ad reliquam attinet pecuniam, deinde conficiendam; ei deponendæ tribuitur ſpatium duorum menſium: uti ex collatione *l.* 7. §. 11. *h. t.* obſervat V. CL. Jacobus Cujacius, *lib.* 5. *Obſerv. c.* 12. Sed ea fœnerandi neceſſitas curatoribus remiſſa *Novell.* 72. *c.* 6. plane, ſi quis pecuniam malo more in uſus ſuos convertit, is neque ſpatio temporis utetur; & in graviſſimas uſuras convenietur *l.* 7. §. 11. *h. t.*

Huc uſque expoſui adminiſtrationis quaſi præambula. Nunc ipſam attingam. in ea talis comprobatur regula, Tutor, quatenus attinet providentiam pupillarem, pro domino habetur *l.* 27. *D. h. t.* Ea autem providentia vel ad exhibendam pupilli perſonam, vel ad adminiſtrandas ejus res, pertinet. Sed pars officii prima ad pupilli perſonam ſpectat: ac continet integram ejus exhibitionem; id eſt, locum in quo debeat morari atque educari: tum alimenta, id eſt, victum, veſtimenta, præterea famulos ei neceſſarios, & poſtremo diſciplinam. ſcilicet, quia tutor non minus pupilli moribus, quam rebus præeſt *l.* 12. §. 3. *D. h. t.* ibique Gothofredus: & ideo præcipitur; ut ſtatuat impenſas pro facultatibus & dignitate pupilli, non utique quas minimas poteſt *l.* 13. *d. t.* ac fuerit prudentiæ, ut advocatis pupilli cognatis amiciſque curet, a Prætore definiri, quantum pro pupillo erogare debeat; ne alioquin ei neceſſe ſit, impenſis factis, judicis arbitrio permittere, quantas reputationes eo nomine eum facere oporteat *l.* 3. *l. ult. & tot. tit. Ubi pupil. educ. deb.* Hæc ad pupilli exhibitionem. de qua paulo plura *libro ſequente tit.* 2.

In rerum adminiſtrationem veniunt actiones, ſolutiones, erogationes, alienationes. Familiam ducent actiones. & obſervandum, quod jure civili nulli licet alieno experiri nomine. & tamen tutorio nomine ut liceret experiri, fuit vel neceſſitate inductum; ita placuit, ut quemadmodum alibi, ſic in actionibus, tutor domini loco haberetur, & quod pupillo deberetur, jure peteret *l.* 15. *l.* 22. *D. h. t.* atque hoc in tantum verum eſt; ut ne tutor quidem cogatur cavere, pupillum ratam rem habiturum; quaſi rem in judicium deducat *l.* 23. *D. & l.* 13. *C. h. t.* niſi ſi dubitetur, an tutor ſit, vel an duret tutor, vel an geſtus ei commiſſus ſit: æquum enim eſt, adverſarium non decipi. idemque in curatore jus eſt *d. l.* 23: Cæterum quod pro domino habetur tutor, quantum ad actiones attinet: tum demum obſervatur, ſi ipſe experiatur; nam procuratorem ex ſua perſona in rem pupilli vel adoleſcentis facere non poteſt. Pupillus autem vel adultus, tutore ſeu curatore interveniente, procuratorem ordinare poteſt. ipſi etiam tutores & curatores poſt litis conteſtationem a ſe factam, non prohibentur procuratores dare, exemplo procuratorum qui litem conteſtati, ejus domini effecti ſunt *l.* 11. *C. de procuratorib.* Quod ſi diffuſa ſunt pupilli negotia, aut dignitas, ætas, valetudo tutoris, eum diſtringant, & nondum fari pupillus poſſit, aut abſens ſit, ut non poſſit procuratorem facere ex auctoritate tutoris: ſolet periculo tutoris actor a Prætore conſtitui. Sic Paulus *l.* 24. *D. h. t.* addit in §. 1. ſi eadem tutela pluribus ſimul gerenda permiſſa eſt vel a parente, vel a contutoribus, vel a Magiſtratu: hic benigne etiam uni agere permiſſum: nempe, quia duo ſimul agere, id eſt, ſimul æque commode, agere non poſſunt. Et notandum: quod Paulus ait, benigne permitti agere: quia ſi ad verba deflectamus, non poſſunt, niſi duo agere: ſed benignius eſt, etiam uni concedi, agere: quia unus tutor facilius expeditiuſque actiones & exercet & excipit; ne alioquin tutela per multos ſpargatur *l.* 3. §. 6. *D. h. t.* Uni, inquam: & maxime huic qui diligentior erit, & prior agere occupavit arg. *l.* 32. *D. de procuratoribus.* Hæc ſi agat pupillus.

Quid, ſi conveniatur? etiam tueri eum debet tutor *l.* 30. *D. h. t.* ſed utrum tutorem ipſum oportet judicium ſuſcipere; an pupillum, tutore auctore? Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* ait, eſſe tutori licentiam; utrum ipſe malit judicium ſuſcipere; an pupillum exhibere, ut judicium, ipſo auctore, ſuſcipiatur. ita tamen, ut pro his qui fari non poſſint, vel abſint, ipſi tutores judicium ſuſcipiant: pro his autem qui ſupra ſeptimum annum ſint, & præſto fuerint, auctoritatem præſtent. addit Ulpianus *d.* §. 2. quod tutores neutro caſu tenentur cavere, more aliorum defenſorum. Sic in pupillis. Quid in cauſis adultorum? erit, inquit Ulpianus, licentia agentibus vel ipſum adultum præſentem in judicium vocare, ut curatoris conſenſu conveniatur; vel contra curatorem agere, ut ipſe litem ſuſcipiat. In abſentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum *d. l.* 1. §. 3. Plane, ut pupillum defendere teneatur tutor: tamen obſervare

cum

eum oportet; ut ubique bonam adgnoſcat fidem tam ſibi, quam aliis; & ſi juſtum eſſe debitum comperiat, ſponte ſolvat, non utique per Judicem *l. 9. §. 5. & ſeqq. D. h. t.* itaque generaliter Ulpianus *l. 10. d. t.* Quotieſcumque, inquit, pupilli nomine non fit, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: ſcilicet, quia non defenditur, ut oportet, boni viri arbitratu. ſive igitur tutor ſolutionem, ſive judicium, ſive ſtipulationem, detrectet: defendi non videtur pupillus *d. l. 10.* Liceat mihi adjicere: quod tutor judicio victus, ſi habeat cauſam bonam; debet appellare, & ſolemnia complere *l. 11. C. h. t.* etſi aliud ſit in procuratore *l. 17. C. de procuratorib.* Vidimus, quid tutorem in actionibus facere oporteat. videamus judicii effectum. eſt autem hic: ut ſive agat, ſive conveniatur: ſententia proſit, aut noceat pupillo, non tutori *l. 2. D. h. t.* excepta ſpecie *l. 6. C. h. t.*

Tranſeo ad ſolutiones. hæ factæ tutori, tutelam gerenti, (de quo ſequente Titulo plenius) debitorem liberant ipſo jure *l. 46. §. 5. & ult. junct. l. 47. D. h. t.* ſive alii ſolvant, ſive ipſe ſolvat quod pupillo debet *l. 9. §. 3. & ſeqq. d. t.* Hæc vetere jure. at novo Juſtinianus huic parti diligentius proſpexit in *l. 25. & l. 27. C. h. t.* ad quas reſpicit §. *ult. Inſt. Quib. alien. lic. vel non.*

Sequuntur erogationes: nam & hæ permiſſæ tutori ſunt ad providentiam pupilli; cum hactenus pro domino habeatur tutor *l. 27. D. h. t.* Poteſt igitur tutor ſolvere pupilli debitum; &, ſi liqueat, non tenetur expectare; ut primum judicio conveniatur. contra ei fas eſt, ultro agnoſcere bonam fidem: ut ante dixi ex *d. l. 9. §. 5. & ſeqq. h. t.*

Foret hic quærendi locus, an tutori jus ſit, de rebus pupilli tranſigere, aut jusjurandum deferre: niſi de his eſſet ſupra actum ſub propriis Titulis. Remiſſiones certe gratuitæ, donationeſque a tutore factæ, pupillo non nocent *l. 22. D. h. t.* quia magis ad perditionem accedunt, quam ad adminiſtrationem. Miſſurum tamen pupilli parentibus cognatiſque ſolemnia munera, Paulus ait *l. 12. §. 3. D. h. t.* ſed negat, daturum dotem ſorori, alio patre natæ: præfatus, id etſi honeſte, tamen ex liberalitate fieri, pupilli arbitrio ſervanda. ſed de hac accuratius dixi ad Titulum, *De jure dotium.* Illud non prætermittam, quod ſimiliter ait Gajus *l. 13. §. 2. D. h. t.* tutorem ne nuptiale quidem munus miſſurum pupilli matri aut ſorori: etſi ad victum ei neceſſaria non male præſtet; ſi ipſa ſe ſuſtinere non poſſit: & hanc adfert cauſam Gajus: quod non perquam neceſſaria ei hæc remuneratio eſt *l. 1. §. 5. D. de tutel. & rat. diſtrah.* quale interim ſit hoc nuptiale munus, & quæ ſint ſolemnia munera parentibus cognatiſque dari ſolita, tractant Viri Clariſſimi, Jacobus Rævardus *lib. 3. Conjectan. c. 4. & 11.* & Barnabas Briſſonius, *lib. 4. Select. antiq. c. 3.*

Ad adminiſtrationem poſtremo ſpectant alienationes: ſed de his ex profeſſo agetur *Titulo penultimo lib. 27.*

Diſcedam a prima Rubricæ parte, ubi addidero, quod apud Ulpianum *l. 5. §. 8. D. h. t.* monet Papinianus, ſi pater tutelam filiorum mandavit geri conſilio matris, & tutores eo nomine liberavit: non idcirco minus integrum fore tutorum officium; tametſi viris bonis conveniat, ſalubre matris conſilium admittere. ſic vero fieri; ut neque liberatio tutoris, neque voluntas patris, aut interceſſio matris, tutoris officium infringat. Hoc Papinianus in §. 8. *d. l. 5.* & in §. 9. ſubjicit Ulpianus: uſque adeo licere tutoribus patris præceptum negligere; ut ſi pater caverit, Ne quid rei ſuæ diſtraheretur; vel, Ne mancipia diſtrahantur; vel ne veſtis, vel ne domus, vel ne aliæ res periculo ſubjectæ; liceat eis contemnere hanc patris voluntatem. Poſtremo ait Ulpianus *d. l. 5. §. 5.* tutorem ſacris Conſtitutionibus juberi, pupillum ſuum puberem factum, admonere; ut ſibi curatores petat: & ſi non admonuerit; teneri tutelæ judicio: quaſi hoc, quamvis poſt pubertatem admittatur, tutelæ officio ſit connexum.

Altera Rubricæ pars eſt De periculo tutorum & curatorum ac conſiſtit hoc in eo: ut tutor, verbi gratia, non obſervatis quæ dixi, ex illo tempore quo ei innotuit, ſe tutorem datum, tutelæ judicio teneatur *l. 1. §. 1. D. h. t.* Innoteſcere autem qualiter qualiter ſufficit, non utique teſtato eum conveniri. nam etſi citra teſtationem, ſcilicet undecumque cognovit, nulla dubitatio eſt, quin debeat periculum ad ipſum reſpicere *l. 5. §. 10. h. t.* Hoc autem quod cognovit tutor, pupillus probare debebit *l. 6. d. t.* Facile igitur intelligitur, eſſe tutoris periculum, ſive commiſit, ſive omiſit aliquid, quod ſit officio tutelæ contrarium: in quo arguatur ejus dolus aut culpa lata vel levis *l. 1. D. de tutel. & ration. diſtrab.* quid, ſi ex his nihil liqueat? nullum eſt ejus periculum *l. 4. C. Arbitr. tutel.* adeo non modo ob caſus fortuitos non tenetur *l. 4. C. de peric. tutor.* ſed ne ob leviſſimam quidem culpam *l. 7. C. Arbit. tutel.* ab hac eum excuſante muneris neceſſitate. Eſt tamen caſus ſingularis, in quo tutor etiam de leviſſima culpa tenetur: is caſus eſt in *l. 53. §. 3. D. de furtis.* Eſt etiam caſus in quo tutor tantum ad dolum, & culpam latam adſtringitur *l. 2. C. Arbitr. tutel.* item alius *l. 7. §. 2. D. h. t.* atque hunc eſſe ſingularem apparet ex his ejus verbis, *In hac parte.* ſed nec ignotum eſt, generi per ſpeciem derogari *l. 80. D. de reg. jur.* Pertinet igitur periculum ad tutorem: quatenus actione tutelæ tenetur & rationem & reliqua præſtare. Et ſi plures ſint tutores, omnes in ſolidum jure ſtricto tenentur *l. 55. D. h. t.* nec tamen

men

men deſunt exceptiones quibus ex æquo & bono adjuvantur. una eſt ordinis *l.* 3. §. 2. *D. h. t.* altera diviſionis *l.* 1. §. 11. & 12. *D. de tutel. & rat. diſtrah.* tertia cedendarum actionum *d. l.* 1. §. 13.

Tertia pars Rubricæ eſt, De agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. ad quam conſule, ſi placet, ſcripta a Viro Clariſſimo, Giphanio, ad *l.* 2. *C. De divid. tutel. pag.* 463. *& ſeqq.*

TITULUS VIII.

De auctoritate & conſenſu tutorum & curatorum.

Hic Titulus in Pandectis & Codice eſt diverſus a Titulo, De adminiſtratione tutorum, cum poſſit ejus pars videri. Sed Veteres auctoritatem ſeparaſſe ab adminiſtratione negotiorum, indicio eſt ſequens Ulpiani locus ex *Tit.* XI. §. 25. *Pupillorum pupillarumque tutores & negotia gerunt, & auctoritatem interponunt. Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.* Tenebantur tamen tutores de auctoritate æque ac de adminiſtratione. Auctoritas porro in Rubrica a conſenſu diſtinguitur. & eſt auctoritas tutoris: conſenſus curatoris. auctoritas ſolemnitatem habet: conſenſus nullam. *l.* 1. §. 13. *D. Ad Senatuſconſult. Trebell. l.* 19. *D. h. t.* De cætero ait Paulus *l.* 3. *D. h. t.* tutorem fieri auctorem: cum dicit, ſe probare id quod agitur. Eſt igitur tutoris auctoritas, expreſſa approbatio ejus, quod pupillus gerit. Juſtinianus *l.* 4. *C. de auct. præſt.* dicit *ſuaſionem perfectiſſimam.* Verum alia eſt ſuaſio, alia auctoritas, proprietatem ſectantibus. Suetonius, *Tiberio c.* 27. *Alium dicentem, ſacras ejus occupationes, & rurſus alium, ſe auctore eo Senatum adiiſſe, verba mutare, & pro auctore ſuaſorem, pro ſacris laborioſas dicere coegit.* Ipſe Juſtinianus, *Procem. Inſtit.* §. 3. *Mandavimus ſpecialiter, ut ipſi noſtra* auctoritate, *noſtriſque* ſuaſionibus *Inſtitutiones componerent.* Sed proprietatem non ubique ſervant Veteres: *Auctorem* pro ſuaſore, & *auctoritatem* pro ſuaſione, ſæpius ponentes. exempla dedit Freinshemius, *Indice ad Florum.* Pupillum hic præſertim dicimus eum qui fari poteſt; nam infans non ex auctoritate tutoris, verum per tutorem, gerere atque agere dicitur *l.* 1. §. 2. *D. de admin. tutor. l.* 9. *D. de adq. hered.* Imo nec ille pupillus tutoris auctoritatem ſemper deſiderat. eſt quidem ei neceſſaria, quoties ſuam conditionem facit deteriorem. at non eſt neceſſaria, ubi facit meliorem: ut ſi ab alio ſtipuletur *pr. Inſt. l.* 9. *D. h. t.* aut ei donetur, ſeu remittatur, aliquid *l.* 2. *D. de acceptilat.* contra, ſi agat quo obligari poſſit, aut jus ſuum amittat, imminuat, alienetve, non valet; nec pupillum tenet, licet is qui cum pupillo contraxit, ei teneatur *d. pr. Inſt. h. t. & d. l.* 9. *pr.* §. 1. & 2. *D. h. t. l.* 13. §. 19. *D. de act. empt.* Eadem ratione pupillus ne hereditatem quidem adire ſine tutoris auctoritate poteſt *l.* 8. *D. de adq. hered.* etſi lucroſa ſit: ne ullum damnum accipiat §. 1. *Inſt. & d. l.* 9. §. 4. *D. h. t.* Poteſt igitur pupillus, infante major, æque ac pubertati proximus, (nam in utroque idem placuit §. 10. *Inſt. de inutilib. ſtipul.*) ex auctoritate tutoris & naturaliter & civiliter obligari *l.* 5. *D. h. t.* at ſine ea tantum naturaliter, non etiam civiliter. imo ne naturaliter quidem, quoties naturalis obligatio adverſus eum dirigitur: etſi contra tertium ſuſtinetur. nempe Juriſconſulti magis ad juris effectum, quam ad inanem ſubtilitatem reſpicientes, negant, eſſe obligationem, aut jus aliud, cujus effectus non ſit. ac ſecundum hæc ſuadeam accipi *l.* 59. *D. de obligat. & act. & l.* 41. *D. de condict. indeb.* Poſtremo ſi contrahendo pupillus ſit locupletior factus, ut ut alias jure civili non teneatur ſine tutoris auctoritate: eſt tamen receptum ex Reſcripto D. Pii, ut poſſit utili actione conveniri *d. l.* 5. §. 1. *D. h. t.*

Sed apparet, quando neceſſaria pupillo ſit tutoris auctoritas, item quis ſit adhibitæ aut neglectæ effectus. Quæris, an tutor a Prætore cogi poſſit, nolens eam interponere? Sed non putat Paulus *l.* 17. *D. h. t.* primum, quia iniquum eſt eum, etiamſi non expedit pupillo, auctoritatem interponere. deinde conſequitur pupillus, id eſt, poteſt conſequi, hanc jacturam, ſi quæ ſit, tutelæ judicio. niſi tutor per valetudinem vel abſentiam vel aliam juſtam cauſam non potuit auctor fieri; tum enim eo nomine non tenetur *l.* 10. *D. h. t.*

Sequens locus erit, quomodo auctoritatem a tutore interponi oporteat: nulla plane differentia; utrum non interveniat, an perperam adhibeatur *l.* 2. *D. h. t.* Fac: plures ſunt tutores. ſufficitne auctoritas unius; an omnium intervenire debet? ante Juſtinianum intererat inter tutores. nam in legitimis neceſſaria putabatur omnium auctoritas. in teſtamentariis unius ſufficiebat. auctor Ulpianus a Cujacio emendatus *Notis ad Tit.* XI. §. 26. idem erat in dativis ex inquiſitione: quos ut non attingat Ulpianus, refert Juſtinianus *l. ult. C. de auct. præſt.* ſimul mutans jus vetus. ſancit enim, ſi plures tutores fuerint ordinati, ſive in teſtamento paterno, ſive ex lege vocati, ſive a Judice vel ex inquiſitione, vel ſimpliciter dati, unius auctoritatem pro omnibus tutoribus ſufficere: nondum diviſa adminiſtratione vel pro regionibus, vel pro ſubſtantiæ partibus. & præfatur: quod ibi neceſſe eſt, ſingulos pro ſuis

Digitized by Google

partibus vel regionibus pupillo auctoritatem præſtare. utique, ſi res quæ agitur, non faciat tutelæ ſolutionem: alioquin, ſive teſtamentarii, ſive per inquiſitionem dati, ſive legitimi, ſive ſimpliciter creati, ſint; jubet, omnes ſuam auctoritatem interponere. Eademque omnia etiam in curatoribus obſervari.

Sed apparet, ubi plures ſunt tutores, etiam unius auctoritatem ſufficere. Utrum tamen hujus qui tutelam gerit: an ejus quoque qui non gerit? hanc quæſtionem finit Africanus *l.* 49. *D. de adquirenda hereditate*, his verbis: *Pupillum etiam eo tutore auctore qui* tutelam non gerat, *hereditatem adeundo obligari*, *ait*. Sed Pomponius *l.* 4. *D. h. t.* contra ſcribit, & quod mireris, verbis plane iiſdem: *Etſi pluribus datis tutoribus*, *unius auctoritas ſufficiat*, *tamen ſi tutor auctoretur*, *cui* adminiſtratio tutelæ conceſſa non eſt, *id ratum haberi a Prætore non debet. Et ideo puto verius eſſe quod Ofilio placebat*, *ſi eo tutore auctore*, *qui* tutelam non gerat, *emam a pupillo*, *ſciens alium ejus tutelam gerere*, *dominum me non poſſe fieri. Item ſi eo auctore emam*, *qui a* tutela fuerit remotus; *nec enim id ratum haberi*. Ut diſcutiantur tenebræ, dividamus tutorem qui non gerat tutelam. primum ſit aliquis qui poteſt gerere, ſed honoris gratia non cogitur gerere, eoque honorarios appellatur tutor *l.* 3. §. 2. *D. de admin. tutor.* de tali accipiendus eſt Africanus *d. l.* 49. Sit alius qui non gerit tutelam, quia prohibitus eſt eam gerere. hoc evenit ei qui poſtulatus tamquam ſoſpectus, ante quam finiatur cognitio, id eſt, ante quam a tutela removeatur, interim vetatur eam adminiſtrare §. 7. *Inſt. de ſuſpect. tutor.* de hoc tutore ſuadeam exaudiri Pomponium *d. l.* 4. & de tali ab eo dici, cui *adminiſtratio tutelæ conceſſa non eſt*, pro, cui interdicta eſt tutelæ adminiſtratio. eſt enim λιτότης figura per quam minus dicitur, plus ſignificatur: ut in illo Virgilii *lib.* x. *Aeneid. verſ.* 907.

Juguloque haud inſcius accipit enſem.

Ubi ſic notat Servius. *Liptotes figura eſt. non enim dixit non ignarus*, *ſed expectans omnibus votis*: ut Munera nec ſperno: *id eſt*, *libenter accipio. In hac autem figura plus cogitatur*, *quam dicitur.* Sic cenſeo: & res claret ex *l.* 14. §. 1. *&* 2. *D. de ſolutionibus.* Eſt vero hoc eo magis notandum: quia mihi videor exemplum ejus figuræ etiam deprehendiſſe in his verbis Ulpiani *l.* 15. §. 2. *D. de teſtam. militis*, *Teſtamentum ante militiam factum a milite*, *ſi in militia deceſſerit*, *jure militari valere*, ſi militis voluntas contraria non ſit, *Divus Pius reſcripſit*. Senſus Ulpiani eſt: Si manifeſta eſt nova militis voluntas. nam hoc reſcripſit D. Pius *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* ut ibi conjicio ex his verbis. *Nam hoc quoque jure militari incipiet valere*, Si hoc maluit *miles.* & alioquin apparet ex *l.* 25. *D. eod. tit.*

Quod attinet ad res de quibus interponatur auctoritas: nulla differentia eſt: uſque adeo, ut velit Juſtinianus *l.* 4. *C. de auctor. præſt.* tutores & curatores pupillis ac minoribus adeſſe cum in civilibus, tum in criminalibus cauſis. tantum cavendum tutori; ne pupillo auctor fiat in rem propriam. nam hoc regula juris prohiberi, Ulpianus monet *l.* 1. *& l.* 7. *D. h. t.* ac ponit exemplum: cum tutor, aut ejus ſervus, aut filius, a pupillo ſtipulatur. Ex eadem cauſa ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* Item ipſe tutor & emptoris & venditoris officio fungi non poteſt. Cæterum ut non poſſit tutor directo auctor fieri in rem ſuam: ait tamen Ulpianus, per conſequentiam eum auctorem fieri, regulam juris non prohibere. Et eſt ei exemplum in *d. l.* 1. ſi tutor proprii ſui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodet, quamvis per hoc fiat ejus debitor. prima enim, inquit, ratio auctoritatis ea eſt, ut heres fiat: per conſequentiam, ut debitum ſubeat. Plane, ſi plures ſint tutores quorum unius auctoritas ſufficit; (de quibus in anteceſſum dixi) ait Ulpianus, altero auctore poſſe eum obligari; ſive mutuam pecuniam ei det, ſive ab eo ſtipuletur: idemque eſſe in emptione *l.* 5. *pr. &* §. 2. *D. h. t.*

Ad formam interponendæ auctoritatis pertinet: ut tutor eam interponat pure, non ſub conditione; etſi conditionalis ſit contractus *l.* 8. *D. h. t.* præterea vult Gajus *l.* 9. §. 5. *D. eod. tit.* eum obſervare, ut ſtatim in ipſo negotio præſens auctor fiat: & addit, poſt tempus aut per epiſtolam interpoſitam ejus auctoritatem nihil agere. primum igitur oportet tutorem eſſe præſentem: talem autem Julianus. *l.* 14. *D. h. t.* non minus animo, quam corpore, æſtimat. non enim multum intereſt, utrum abſuerit tutor, cum negotium contraheretur; an præſens ignoraverit, quale eſſet. Non magis valet quod agitur: ſi invitus retentus ſit per vim, aut ſi ſomno aut morbo comitiali occupatus, tacuerit *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Cœcus tamen tutor, ſi pupillo præſens ſit, auctor fieri poteſt *l.* 16. *D. h. t.* Illud ad formam interponendæ auctoritatis non pertinet; ut tutoris auctoritatem exaudiat qui cum pupillo contraxit, forte emptione aut ſimili contractu qui etiam inter abſentes perficitur per epiſtolam. ſufficit enim, tutorem pupillo præſentem fuiſſe, & hunc tutoris auctoritate conſenſiſſe *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* Quid, ſi ſtipulatio contrahatur? ait Paulus, etiamſi non interrogatus tutor auctor fiat, ejus auctoritatem valere; cum dicit, ſe probare id quod agitur: hoc enim eſſe, auctorem fieri *l.* 3. *D. d. t.* Similiter quæſitum fuit, an tutorem, ut videatur auctor fieri, adſignare, hoc eſt, ſubſcribere, oporteat: cum in ſcriptis facta eſt inter pupillos paternæ hereditatis diviſio? ea quæſtio proponitur *l.* 20. *D. h. t.* & reſpondet Scævola, ſi tutor auctor fuiſſet, non mi-

minus ſtandum eſſe diviſioni, quod non adſignaſſet, id eſt, quod non adſcripſiſſet, vel non ſubſcripſiſſet: ut optime hic interpretatur, & ſuis locis probat Theodorus Marcilius *ad Perſii ſat.* 5. *verſ.* 81. *Adſigna Marce tabellas. in Notis p.* 142. Sed redeo ad Gajum. is, præter ſuperiora, adhuc requirit, ut auctoritas interponatur ſtatim in ipſo negotio. Quid autem ſit ſtatim, declarat Donatus ad Terentium, *Phormion. act.* 5. *ſc.* 3. *v.* 7. ſic enim ſcribit. *Statim, perpetuo, æqualiter, & quaſi uno ſtatu.* Nonius: *Statim,* inquit, *producta prima ſyllaba, a ſtando perſeveranter & æqualiter ſignificat.* Quo ſenſu etiam Cicero, *Orat. De Aruſpic. reſponſis, Haud poteſt gravioribus a me verbis vulnerari: quam eſt ſtatim in facto ipſo ab illo confectus & trucidatus.* Sed hoc olim & pulchre obſervavit Franciſcus Robortellus *lib.* 2. *Annotat. c.* 18. Nec obſtat: quod Ulpianus *l.* 25. §. 4. *D. de adq. hered.* ait, Tutoris auctoritatem interponi *perfecto negotio.* Nam, ſi rem ſpectes, non poteſt a tutore approbari negotium, niſi perfectum. ita ſufficit, probari ſtatim in ipſo negotio, vel in facto ipſo, æqualiter, & perſeveranter, Ulpianus in fine *l.* 1. *D. de ſolutionibus* ſic exprimit, *In re præſenti, hoc eſt, ſtatim atque ſolutum eſt.*

TITULUS IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri poſſint.

Hic Titulus eſt quodammodo ſequela Tituli, De adminiſtratione tutorum & curatorum. docet enim, quando minores (quo nomine pupillum etiam contineri, indicat tutorum & curatorum conjunctio: ut *in l.* 3. *& l.* 4. *C. h. t.*) ex facto, id eſt, ex adminiſtratione, tutorum vel curatorum, finita tutela vel cura, agere vel conveniri poſſint. Ita non quærit, quemadmodum minor ex contractu quem ipſe celebrarit auctoritate aut conſenſu tutoris curatoriſve, agere vel conveniri poſſit finita tutela vel cura. nam cum ipſe hoc modo creditori ſit obligatus jure civili, & vice verſa debitorem ſibi obligatum teneat: non eſt dubium, quin ipſe poſſit directa actione agere & conveniri. Sed alio exit Titulus. quærit quippe; an pupillus minorve finita tutela aut cura agere aut conveniri poſſit ex facto geſtoque a tutore aut curatore ipſo. Movet, quod a Paulo traditum *l.* 11. *D. de oblig. & act.* quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona obligationis initium ſumunt, inanem actum noſtrum efficere; & ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine agat, nos poſſe. Porro Ulpianus *l.* 11. §. 6. *D. de pign. act.* per liberam, inquit, perſonam pignoris obligationem nobis non ſemper adquiri. & hoc adeo procedere; ut ne per tutorem quidem aut procuratorem plerumque adquiratur: & ideo ipſe actione pigneratitia conveniatur. Una exceptio in mutuo. nam quamvis per regulas juris non recte contrahamus alteri, tamen pecunia mutuo data alterius nomine vel noſtra vel ejus, ei condictionem adquirimus *l.* 9. §. 8. *D. de reb. cred. l.* 126. §. 2. *D. de verb. oblig.* etiam actionem hypothecariam, quaſi genere quodam acceſſionis ex nova Juſtiniani Conſtitutione in *l.* 2. *C. Per quas perſon.* Apparet igitur, pupillo aut minori per tutorem curatoremve ſecundum juris regulam non adquiri actionem. Nihilominus certis ex cauſis actionem illis quæri, Oneſimæ cuidam reſcribunt Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* Certis, inquam, ex cauſis: id eſt, ut Accurſius exponit, cum in rem pupilli contrahit tutor, non in ſuam. At ne ſic quidem ei directa quæritur actio: ne fiat contra regulas juris: ſed utilis. Sic: ſi tutor vel curator mutua data ejus pecunia cujus negotia adminiſtrat, ipſe ſtipulatus fuerit, vel in nomen ſuum emerit prædia; placet Ulpiano *l.* 2. *D. h. t.* ei cujus pecunia fuit, utilem dari actionem ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam. idemque confirmat Alexander *l.* 2. *C. d. t.* Similiter ſcribit Ulpianus *l.* 5. §. 9. *D. de pecun. conſtit.* ſe putare, Si tutori pupilli vel curatori furioſi vel adoleſcentis ita conſtituatur, ſolvi pupillo vel furioſo vel adoleſcenti: utilitatis gratia dandam pupillo, vel furioſo, vel adoleſcenti utilem actionem. Eodem modo reſcriptum *l.* 4. *C. h. t.* minorem ex locatione prædiorum ſuorum, quam tutor aut curator fecit, poſſe agere, ſed, ut dixi, actione utili ex eorum contractu.

E diverſo transferuntur quoque in pupillum finita tutela actiones: ſi tutor bona fide contraxerit. exempli gratia, ſi in rem minoris profecta ſit pecunia, ejus nomine tutori vel curatori mutua data; ait Alexander, merito dandam in minorem eſſe perſonalem actionem *l.* 3. *C. h. t.* Similiter ſcribit Ulpianus *l.* 4. §. 1. *D. de evict.* Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione ſecuta, Papinianus lib. 3. Reſponſorum ait, dari in eum cujus tutela geſta ſit, utilem actionem. & adjicit, in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum eſt. Sed ea ſententia Ulpiano diſplicet: exiſtimanti, magis teneri in totum, ſi tutor ſolvendo non ſit? hac addita ratione, *neque enim male contrahitur cum tutoribus.*

Poteſt igitur pupillus aut minor ex facto tutoris agere aut conveniri. Sit ita: ſi tutor egit bona fide. ſed finge, egiſſe dolo malo

Papinianus *l. 3. D. h. t.* ſic ſcribit: *Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodeſſe debet.* primum negat pupillo prodeſſe tutoris dolum: & convenienter ſequenti regulæ, *Alterius circumventio alteri non præbet actionem.* Attulit hanc Ulpianus *l. 49. D. de reg. jur.* eamque huic articulo adcommodavit: nam de dolo tutoris in adminiſtratione admiſſo, cogitaſſe indicio eſt Inſcriptio, præferens Ulpiani lib. 35. ad Edictum: cum ex eo libro ſint etiam *l.* 1. 3. 5. 7. *D. de admin. tut.* Unum addendum, quod cum ait, alterius circumventionem alteri non præbere actionem, ad effectum reſpexiſſe intelligi debet: quando in *l.* 15. *D. de dolo malo* ipſe ſic ſcribit: *Ex dolo tutoris ſi factus eſt locupletior, puto in eum dandam actionem: ſicut exceptio datur.* Fac. ut exemplo res liqueat: promiſſor, pupillo ſtipulante, deceptus eſt tutoris dolo. pupillus eſt factus locupletior; putat Ulpianus, dandam in eum de dolo actionem, ut reſtituat, quod ad eum pervenit. quid ſi ex ſtipulatu agat? jam putat, dandam quidem pupillo eſſe actionem: ſed ne ei ſic proſit tutoris dolus, per exceptionem repelli. quo caſu perinde erit, ac ſi non eſſet data *l.* 112. *D. de reg. jur.* Contra poſſit quis putare, eſſe tutoris officium, providere & favere rebus pupilli: quippe domini loco haberi *l. 27. D. de admin. tut.* Sed non eſt juris noſtri, improbitati indulgere in alicujus injuriam: ac cum pupillum commendavit tutoris providentiæ; non voluit, ei conſuli malo exemplo; imo non aliam cogitavit adminiſtrationem, quam bona fide & more licito exercendam. Sic Calliſtratus *l. 33. d. t.* & optime Ulpianus *l. 4. §. 23. D. de except. dol. mali.*

At quemadmodum non prodeſt pupillo tutoris dolus: ita non nocet. Hoc Papiniano placet *d. l. 3.* quando? ſi extrinſecus quid tutor dolo admiſerit. ſic Ulpianus *l. 4 h. t.* & putat, extrinſecus fieri, quod admittitur extra rationes pupilli. Papinianus *d. l. 3.* dicit, id tunc verum eſſe, cum ex illius fraude locupletior factus non eſt. Pone ex *l. pen. D. de tab. exhibend.* teſtamenti tabulas apud pupillum eſſe, & dolo tutoris eſſe deſiiſſe. ait Paulus, in ipſum tutorem competere actionem: arbitratus, tutoris delictum videri, & æquum eſſe, ipſum ex delicto ſuo teneri, non pupillum; cum videlicet non eſt eo locupletior factus. Eadem ratione putat Ulpianus, ſi vel tutor vel curator jus dicenti non obtemperaverit, ipſum puniri, non pupillum *l. unic. §. 2. D. Si quis jus dicent. non obtemp.* Similiter Alexander *l. 6. C. de admin. tut. Non eſt ignotum,* inquit, *tutores vel curatores [adoleſcentum,] ſi nomine pupillorum vel adultorum ſcientes calumnioſas inſtituant actiones, eo nomine condemnari oportere: ne ſub prætextu nominis eorum propter ſuas ſimultates ſecure lites ſuas exercere poſſe exiſtiment.* Quid multa? Iavolenus *l. 198. D. de reg. juris.* hoc generale eſſe exiſtimat: ideoque in cæteris quoque cauſis tutoris dolum pupillo nocere non oportere. & probo, quod addit, ita jus eſſe, ſive ſolvendo eſt tutor, ſive non eſt. Atqui poteſt pupillus ex tutoris dolo conventus, ubi ſolvendo ille eſt, quod ſolverit, recipere. Intelligo: ſed ejus intereſt, potius non ſolvere, quam ſolvere, & ſolutum repetere: propter rationes alibi adductas *l. 6. D. de minorib. & l. 51. D. de pecul.* Hæc Papinianus *d. l. 3. h. t.* ſi pupillus non eſt locupletior tutoris dolo factus. Sed quid ſi id ſit? jam putat, pupillo nocere dolum; eoque nomine eum recte conveniri; quatenus locupletior factus eſt. ac ne deeſſent exempla, adſert tria: primum dicit, pupillum teneri actione tributoria; ſi per iniquam, id eſt, dolo malo factam, diſtributionem ſavit, hoc eſt, proſuit, rationibus pupilli. alterum exemplum ponit in actione depoſiti, ſi res depoſita tutoris dolo perierit, conſumpta verbi gratia; eoque modo locupletatus ſit pupillus. tertium exemplum eſt in petitione hereditatis, ſi pupillus ex hereditate quam poſſidet, deſierit poſſidere tutoris dolo; ita ut ejus rationibus inde illatum probetur aliquid. Cæterum quod Papiniano, idem viſum fuit Ulpiano: non uno in loco, neque una ratione. prima eſt, quod non divinat is qui cum tutore contrahit *l. 4. §. 23. D. de except. dol. mal.* altera eſt, quod foret pupillo inutile, ſi tutorum adminiſtratio non ſervetur: nemine ſcilicet emente *l. 12. §. 1. D. de adm. tutor.* Nihil præter rem fecerim; addens, Papinianum, ubi in pupillum dat actionem, quatenus locupletior ſit dolo tutoris factus, non diſtinguere, utrum ſolvendo ſit tutor, an non ſit: igitur; voluiſſe a tali diſtinctione abſtineri. atque in ea ſententia etiam ſuffragatorem habuiſſe Ulpianum, liquet dictis locis.

Alio tamen iviſſe aliquos, indicat Ulpianus *d. l. 4. §. 23.* fuitque ex his Pomponius, Ariſtonem ſequutus. ait certe *l. 1. h. t.* illi viſum aliquando fuiſſe, pupillum poſſeſſorem, ſi ob tutoris dolum vel culpam (puto, latam: quam ſuadet adjecta mentio jurisjurandi in litem) res petita reſtitui nequeat, eſſe condemnandum: ſed ut ipſe temperat, ſaltem in veram litis æſtimationem; non quanti actor in litem juraret: & tamen ita eſſe perhibet, ſi rem a tutore ſervare poſſit pupillus. Voluit igitur, pupillum teneri ex dolo tutoris, ſive eo locupletior factus ſit, ſive non ſit: modo ſolvendo ſit tutor; ab eoque ſolutum poſſit recipi: hoc plus cenſet, ſi non ſit ſolvendo tutor; adhuc pupillum conveniri ex dolo tutoris, ſed conventum poſſe defungi ceſſione actionum quas habet contra tutorem. Sic Pomponius *l. ult. D. de admin. tutor.* ac vereor; ne non obtinuerit ejus ſententia: refutata a Papiniano *l. 3. h. t.* nec minus Ulpiano *d. l. 4. §. 23. D.*

de except. dol. mal. ab utroque modeſte, & tecto Pomponii nomine. imo Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. de tribut. act.* eo expreſſo, pari verecundia eam interpretatione lenit; cum poſſet improbare. intererit, hoc demonſtraſſe. Species: Servus pupilli vel furioſi, ſciente tutore vel curatore negotiatus eſt in merce peculiari. is ſervus eſt pupilli, domini ſui, debitor. quædam præterea debet creditoribus mercium. his petentibus quod ſibi debetur, tutor. pupilli, id eſt, domini nomine, facturus, uti moris eſt, inter creditores diſtributionem mercis peculiaris, in ea verſatus eſt dolo malo. quæritur, utrum adverſus tutorem, an adverſus pupillum, competat tributoria actio, iniquitatem diſtributionis emendatura. ait Ulpianus, dolum quidem tutoris vel curatoris non debere pupillo vel furioſo nocere: at nec lucroſum eſſe oportere. & ideo inſert, hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, ſi quid ad eum pervenerit. injiciebat moram, quod Pomponius lib. 8. Epiſtolarum ſcripſit, ſi ſolvendo tutor ſit, pupillum ex ejus dolo teneri. Sed non idcirco tranſit in diverſam partem Ulpianus, deſerta ſua. ſimulat tamen, a Pomponio dictum in ſuam ſententiam quodammodo trahi poſſe: modo ita accipiatur, quaſi voluerit, pupillum, cum non eſt ſolvendo tutor, ſaltem hactenus ex dolo tutoris teneri, ut actionem quam contra tutorem habet, præſtet. Si verum quærimus; illa non fuit Pomponii ſententia: nam (ut apparet ex *d. l. ult. D. de admin. tutor.*) clare docuit pupillum, ſi ſolvendo ſit tutor, poſſe in litis æſtimationem conveniri: & ſi non ſit ſolvendo, tum demum defungi ceſſione actionis quam habet contra tutorem. Ulpianus tamen ſpecie excuſantis loquendi obſcuritatem, Pomponium perinde interpretatur, ac ſi intenderet id quod dictum. idemque obſervavit in *l.* 21. §. 1. *D. de peculio*, quæ aliter explicari nequit. Sic mihi perſuadeo, & ſimilem notavi refutandi verecundiam Veterum ſupra ſub Titulo *De receptis.* in *l.* 19. §. 2. *ibidem*, & *lib. ſing. De pact. & tranſact. c.* 24. in *l.* 17. §. 3. *D. de pact.* ac neſcio, an vel inde lumen petere debeat quod ab eodem Ulpiano traditum in l. 1. §. 6. *D. Ne vis fiat ei.*

TITULUS X.

De ſuſpectis tutoribus & curatoribus.

Expoſitis modis quibus tutela conſtituatur, tempeſtivum eſt, ſubjicere, quibus finiatur. Hi ſunt duplices: vel enim ipſo jure finitur tutela, vel facto Magiſtratus eſſe deſinunt tutores. primum ipſo jure finitur tutela: & eſt exemplum in pubertate & viripotentia. meminit Juſtinianus *pr. Inſt. Quib. mod. tutel. finit.* & addit, pubertatem in maſculis poſt annum decimum quartum completum illico incipere, & viripotentiam in fœminis poſt duodecim annos completos: ita ex ſua Conſtitutione obtinuiſſe; cum ante variarent Veteres. Sed de hoc ſupra ſub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Præterea refert Juſtinianus, tutelam finiri morte pupilli vel tutoris. item tutoris capitis deminutione per quam libertas vel civitas amittitur, omnem tutelam perire: minima autem capitis deminutione tutoris, veluti ſi ſe in adoptionem dederit, legitimam tantum perire, cæteras non perire. ſed pupilli & pupillæ capitis deminutione, licet minima ſit, omnes tutelas tolli. Poſtremo ait, eos qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, eo finito, tutelas deponere *d. t. Quib. mod. tutel. fin.*

At tutela non tantum ipſo jure finitur: verum etiam deſinunt eſſe tutores, qui vel removentur a tutela ob id quod ſuſpecti viſi ſunt: vel qui ex juſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt. §. *ult. Inſt. d. t.* ad illos ſpectat præſens Titulus: ad hos ſequens.

Suſpectum tutorem definit Ulpianus eum qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. enimvero tutor, quamvis pauper eſt, fidelis tamen & diligens, removendus non eſt quaſi ſuſpectus *l.* 8. *D. h. t.* Recte: ſiquidem (ut Ulpianus infit *l.* 31. §. 1. *D. de reb. auct. judic. poſſid.*) tutorem non facultates, ſed fraudulentia in rebus pupillaribus, ſed callida converſatio ſuſpectum commendat. proinde in *l.* 5. *d. t.* ſuſpectus, inquit, fieri is quoque qui ſatiſdederit, vel nunc offerat, poteſt. duplice ratione: una eſt ipſius; quod expedit pupillo (*magis:* hoc ſubaudiendum verbum, ut alibi ſæpe) rem ſuam ſalvam fore, quam tabulas rem ſalvam fore cautionis habere. altera ratio eſt Calliſtrati, quod ſatiſdatio propoſitum tutoris malevolum non mutat, ſed diutius graſſandi in re familiari facultatem præſtat *l.* 6. *d. t.* Suſpectus igitur eſt qui non ex fide tutelam gerit, licet ſolvendo ſit: ut Julianus quoque ſcripſit. ſed & ante, quam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri, idem Julianus ſcripſit §. 5. *Inſt. d. t.* Et exemplum *l.* 2. & 3. *C.* & *l.* 4. §. 4. *D. d. t.* Simile; ſi nolit ſatiſdare dolo malo: nam ſi inopia hoc faciat, removetur quidem, ſed ſine infamia *l.* 1. *C. de tut. vel cur. qui ſat. non dat.*

De ſuſpectis igitur tutoribus & curatoribus diſputaturi, ex præcepto Ulpiani *l.* 1. §. 1. *h. t.* primum tractemus, unde deſcendat ſuſpecti crimen, & apud quos poſtulari quis poſſit ſuſpectus tutor vel curator: tum quis & a quo, & ex quibus cauſis removeatur: de-

Digitized by Google

deque pœna ſuſpecti. Primum ſciendum eſſe, inquit Ulpianus, *ſuſpecti crimen* (id eſt, ſuſpecti criminationem ſive accuſationem, ut bene interpretatur Theophilus, & ſuis exemplis confirmat Briſſonius *De verb. ſignif.* in verbo, *crimen*) *e Lege Duodecim Tabularum deſcendere*. Ejuſque Legis etiam meminit Cicero *De offic. lib.* 3.

Proxima Ulpiani cura eſt, apud quos poſtulari poſſit ſuſpectus tutor aut curator. ſic vero opinatur *d. l.* 1. §. 3. *Damus autem jus removendi ſuſpectos tutores Romæ Prætoribus: in provinciis Præſidibus earum.* Eſt hæc locutio privati Juriſconſulti, præ ſe ferens formam Legis: more ei non inſolito. nam & in *l.* 19. *D. de reb. auct. judic. poſſid.* ſimiliter, *Dabimuſque*, inquit, *ex his cauſis ipſi mulieri privilegium.* Non eſt Juriſconſulti, dare privilegium, ſed Principis. datum privilegium docendo explicare, hoc vero Juriſconſulti eſt. Res certa; & commode Græci *Baſilic. lib.* 9. *tit.* 7. *p.* 540. *tom.* 1. ſic transferunt: *Habet igitur & ipſa privilegium.* Similiter non eſt Juriſconſulti: dare juriſdictionem aut imperium: ſed datum interpretari. Sunt hæ locutiones diligenter notandæ: ne ſi quandoque occurrant, Triboniano temere imputentur: ut factum ab Antonio Fabro V. CL. *lib.* 16. *Conject. c.* 12. *ad fin.* qui non obſervata hac loquendi forma apud Veteres, interpolatum a Triboniano eſſe putat Ulpianum *l.* 34. §. 8. *D. de jurejurando:* ut ſub illo Titulo obſervavi. Oportet igitur (hoc enim agendum) & in *d. l.* 1. §. 3. Ulpianum perinde accipi, ac ſi diceret, cognitionem de ſuſpectis tutoribus, ejus opinione, competere majoribus Magiſtratibus, qualis Romæ Prætor & in provinciis Præſes: municipalibus vero Magiſtratibus non competere: atque evidente ratione; quod cognitio ſuſpecti tutoris non exercetur alibi, quam pro tribunali: eamque, ut eſt magis imperii, quam juriſdictionis, habent quidem Prætor, & ſimiles majores Magiſtratus; ſed municipales Magiſtratus non habent. Hoc ſenſu Paulus *l.* 105. *D. de reg. jur.* quæ eſt ex lib. 1. Ad Edictum, *Ubicumque cauſæ cognitio eſt, ibi Prætor deſideratur.* id eſt, ibi non ſufficit Magiſtratus municipalis: ut ex Inſcriptione docui *lib.* 1. *De juriſd. & imper. c.* 3. Illud quæſtionis eſt: utrum Prætor aut Proconſul quorum eſt ſuſpecti tutoris cognitio, eam debeat per ſe tantum exercere; an etiam aliis mandare poſſit? Hoc magis puto: nimirum, quia ea cognitio illis jure proprio, ſive jure Magiſtratus ſui competit: ac quæ ejus generis ſunt, mandari poſſunt *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* maxime vero id procedit, ſpecialiter mandata ſuſpecti cognitione. imo Macer *l.* 4. *D. eod. tit.* ait, propter utilitatem pupillorum fieri, ut ex mandata generali juriſdictione, vel ipſa mandata intelligatur; itaque conſtitutum eſſe. quod & Ulpianus confirmat *l.* 1. §. 4. *D. h. t.* At enim Marcianus *l.* 1. §. 11. *D. Ad Senatuſc. Turpil.* ſcribit in hæc verba: *Suſpecti tutoris accuſatio pro tribunali tantum examinari poteſt: & nullus alius de hujuſmodi quæſtione, quam Præſes ponunciare poteſt.* Sed, ut demonſtravi *lib.* 2. *De juriſd. & imper. c.* 9. Marcianus Præſidem quidem opponit Magiſtratibus municipalibus quibus non erat jus cognoſcendi de his quæ pro tribunali decernebantur: ſed mandatariis juriſdictionis qui ex mandato Præſidis ejus vice & partibus fungentes, jus pro tribunali cognoſcendi habebant, Præſidem non opponit.

Oſtendimus, qui poſſunt de ſuſpecto cognoſcere. nunc videamus, qui ſuſpecti fieri poſſunt. Ulpianus *l.* 1. §. 5. *h. t.* ait, *Omnes tutores poſſe.* igitur omnes ſine diſcrimine, *ſive teſtamentarii ſint, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores:* verbi gratia, a Magiſtratu dati. an & legitimi? ex ſuperioribus ſic infert Ulpianus: *Quare & ſi legitimus ſit tutor, accuſari poterit. quid ſi patronus? adhuc idem erit dicendum.* Sic Ulpianus: etſi non ſine temperamento, & in utroque, cum legitimo, tum patrono quoque: nam ita exaudio hoc ſequens ex Ulpiano, *Modo ut meminerimus, patrono parcendum:* patiente loquendi forma, obſervata alibi *lib. ſing. Ad Edict. De pactis & tranſact.* tum uſu juris, ut mox apparebit ex Modeſtino *l.* 9. *D. h. t.* Interim non prætermittam, ex *d. l.* 1. §. 5. quæ eſt Ulpiani §. 2. *Inſt. h. t.* ita non ex vero repræſentari a Juſtiniano. *Quare & ſi legitimus ſit tutor, accuſari poterit. quid ſi patronus? adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus remotus fuerit.* Poſtrema verba, *Licet ut ſuſpectus remotus fuerit*, jure ſuſpecta fuere Amico meo, Henrico Brenkmano, Erudito & Ingenioſo Viro, *Diatrib. De Eurematic. c.* 6. deſunt enim in *d. l.* 1. §. 5. præterea ſuadent quidem Veteres, pupilli agnato, affini, aut patrono, ſi ob dolum removendi ſint, parci reverentia neceſſitudinis aut patronatus, ideoque eis adjungi potius curatorem, quam eos notata fide removeri. verum remotos, ut ſuſpectos, id eſt, ob dolum, ubi excuſant ab infamia? nuſquam. quid, ſi melius & circumſpectius Modeſtinus *l.* 9. *D. h. t. Si tutor*, inquit, *aliquo vinculo neceſſitudinis vel adfinitatis pupillo conjunctus ſit, vel ſi patronus pupilli liberti tutelam gerit, & quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum eſt, curatorem ei potius adjungi, quam eumdem cum notata fide & exiſtimatione removeri.* Rem dedi veram & claram: niſi ſi quis, excuſandæ receptæ lectionis gratia, malit, *remotus* a Juſtiniano in *d.* §. 2. per Enallagen temporis dici pro *removendus*; aut alioquin id verbum accipere ſine effectu; ut hujuſmodi locutiones in *pr. Inſt. de emptione venditione* & alibi notavi ſupra ſub Titulo, *De contrab. empt.* Sed mihi in propoſito magis placet conjectura Domini Brenk-

Brenkmani: præterea obſervantis id quod res eſt, ex Modeſtini verbis, *Optimum factum eſt*, itemque ex ejus Inſcriptione, lib. ſingularem *De Eurematicis* præferente, non ſpectare ad rigorem juris: ſed eſſe conſilii & ſuaſionis adverſus juris rigorem, ut hujuſmodi conſilia & ſuaſiones Euremata a Modeſtino appellari, olim animadvertit Dominus Cujacius *lib.* 12. *Obſerv. c.* 32.

Conſequens eſt, ut videamus, qui poſſunt ſuſpectos poſtulare. Et ait Ulpianus *l.* 1. §. 6. *h. t.* quaſi publicam eſſe hanc accuſationem: puto, quia deſcendit ex Lege Duodecim Tabularum *d. l.* 1. §. 2. cum publica judicia veniant ex Lege aliqua publicorum judiciorum *l.* 1. *D. de public. judic.* ita non eſt vere publica, tamen eſt quaſi publica; ſcilicet, quia omnibus patet: exemplo publicorum judiciorum: in quibus executio, hoc eſt, ut alibi explicui, accuſatio, cuivis ex populo plerumque datur §. 1. *Inſt. De public. judic.* Admittuntur igitur ad ſuſpecti tutoris accuſationem omnes qui volent agere: ut in popularibus actionibus. & tamen intereſt, quod popularis actio tantum integræ perſonæ permittitur: id eſt, cui per Edictum poſtulare licet *l.* 4. *D. de popul. act.* ſed hoc plus eſt in præſente accuſatione: quod etiam poteſt tutor ſuſpectus remotus contutores ſuos ſuſpectos facere: ut Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* obſervat. Liberti quoque pupillorum, inquit, §. 1. *d. l.* 3. grate facient, ſi tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronorum, vel liberorum patronorum, ſuſpectos fecerint. Sed ſi patronum ſuum, ut ſuſpectum in tutela facere velint; melius eſt, libertos ab accuſatione repelli, ne in ipſa cognitione gravius aliquid emergat: cum hoc aliis omnibus pateat. Cum ait, *Melius eſt*; apparet, ipſum quoque id ex Eurematicis eſſe: ut optime obſervavit modo laudatus Dominus Brenkman.

Admittuntur igitur ad ſuſpecti tutoris accuſationem ſine diſtinctione omnes mares. An & fœminæ? admittuntur: ſed hæ ſolæ quæ pietate neceſſitudinis ductæ, ad hoc procedunt: ut puta, mater, nutrix quoque & avia. poteſt & ſoror, & ſi qua alia mulier fuerit cujus Prætor perpenſam pietatem intellexerit, non ſexus verecundiam egredientis, ſed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem *l.* 1. §. 7. *h. t.* De impuberibus quæritur? & Ulpianus *l.* 7. *h. t.* Impuberibus quidem, inquit, non permittitur ſuſpectos facere: adoleſcentibus plane permittitur volentibus ſuſpectos facere curatores ſuos, dummodo ex conſilio neceſſariorum id faciant. Præterea videndum, an & ſine accuſatione poſſit ſuſpectus repelli? & magis eſſe putat Ulpianus, ut repelli debeat, ſi Prætori liqueat ex apertiſſimis rerum argumentis, ſuſpectum eum eſſe: idque favore pupillorum recipiendum eſſe *l.* 3. §. 4. *D. h. t.*

Nunc age tractemus, ex quibus cauſis ſuſpecti removeantur. Ait autem Ulpianus *d. l.* 3. §. 5. ob dolum in tutela admiſſum ſuſpectum licere poſtulare: ſi forte graſſatus in tutela eſt, aut ſordide egit, vel pernicioſe pupillo, vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus jam tutor. Similiter ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 12. Si tutor inimicus pupillo parentibuſve ejus ſit, & generaliter, ſi qua juſta cauſa Prætorem moverit, cur non debeat in ea tutela verſari, rejici eum a Prætore oportere.

Hæc ita Ulpianus, ſi quidem admiſſum aliquid dolo malo a tutore ſit in tutela, ſive cum jam eſt tutor. nam ſi ante admiſit, quam tutor eſſet, quamvis in bonis pupilli, vel in tutela; contra placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 5. non poſſe ſuſpectum tutorem poſtulari: quia delictum tutelam præceſſit. proinde ſi pupilli ſubſtantiam expilavit, ſed antequam tutor eſſet: putat, accuſari debere expilatæ hereditatis: ſi minus furti. E diverſo quoque quæri poteſt, ſi tutor fuerit pupilli, idemque ſit curator confirmatus adoleſcenti, an poſſit ex delictis tutelæ ſuſpectus poſtulari? Et cum poſſit tutelæ a concuratoribus conveniri; conſequens erit dicere, ceſſare ſuſpecti accuſationem. ita Ulpianus §. 6. *d. l.* optima ratione, quia ut tutelæ agi poſſit finita tutela, inſtituitur ſuſpecti poſtulatio. in præſentia autem depoſito officio & alio ſumpto, finita tutela eſt, & poteſt tutelæ agi: non igitur eſt opus accuſatione & remotione ſuſpecti tutoris. Idem eſſe quærendum ait §. 7. ſi proponas aliquem deſiiſſe eſſe tutorem, & rurſum cœpiſſe, (utputa uſque ad tempus vel ad conditionem erat datus, deinde iterum, vel ſuperveniente conditione teſtamentaria, vel etiam a Prætore datus eſt) an ſuſpectus poſtulari poſſit? Et ait, quia duæ tutelæ ſunt, ſi eſt, qui eum tutelæ judicio conveniat, æquiſſimum erit dicere, ceſſare crimen ſuſpecti. Quid, ſi ipſe tutor eſt ſolus, numquid quia tutelæ ceſſat, removendus ſit ab hac adminiſtratione, quaſi in hac ſuſpectus ex eo, quod in alia male verſatus ſit? Hæc quæſtio ſic proponitur in §. 8. nec ſequitur reſponſio. ex more tamen diſputandi Veterum interrogationi incluſa affirmatio videri debet: atque inde explicandum quoque quod ibidem ſequitur: Ergo & in eo qui curator ſolus poſt finitam tutelam confirmatus eſt, idem dici poteſt. Sunt & alia hujus generis complura §. 9. 10. & 11. ſed ex ſuperioribus intellectu non difficilia. Illud non prætermittam; nam ab eodem fonte profluit: quod in §. 8. *Inſt. h. t.* ait Juſtinianus, Si ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit, poſteaquam tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio.

Reliquum eſt, ut de effectu poſtulati tutoris ſuſpecti, deque remoti pœna, deliberemus.

remus. effectum inſtitutæ poſtulationis proponit Imp. Juſtinianus §. 7. *Inſt. h. t.* his verbis: *Si quis ſuſpectus poſtulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, ut Papiniano viſum eſt.* Idemque confirmat Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de ſolutionib.* Gordianus *l.* 7. *C. h. t.* addit, alium, puta curatorem, interea in locum ejus in adminiſtratione rerum ordinandum eſſe. Eſt vero hoc jus ſingulare, introductum in favorem pupillorum: ideoque non trahendum ad conſequentiam: judicio ab executione non facile inchoando *l.* 1. *C. de execut. rei judic.* ſane in aliis reis criminis poſtulatis, ſimile quid nuſquam proditum: etſi placeat, eos novos honores appetere non debere, anteqnam purgaverint innocentiam ſuam *l. unic. C. de reis poſtulat. lib.* 10. *tit.* 58. Dixi de effectu inſtitutæ poſtulationis ſuſpecti tutoris. exſpectas effectum probatæ. Eſt is; ut tutor eſſe deſinat, facto Magiſtratus a tutela remotus §. *ult. Inſt. Quib. mod. tut. fin. l.* 14. §. 2. *D. de ſolut.* & alius in ejus locum conſtituatur *l.* 6. *C. h. t.* ipſo tamen jure eſt tutor: & optime Papinianus *l.* 10. *D. h. t. Decreto Prætoris ut ſuſpectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur, removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non eſſe ſecurum.*

Pœna porro remoti tutoris ſuſpecti majore premitur difficultate, & cura opus habet diligentiſſima, cum propter alia, tum propter hæc Imp. Juſtiniani §. 6. *Inſt. h. t.* verba: *Suſpectus remotus, ſi quidem ob dolum; famoſus eſt: ſi ob culpam, non æque.* Quod de dolo dicit, eſt omnium conſenſu verum. At quam intelligit culpam: utrum latam, an levem? Plerique omnes levem exiſtimant. ſed, ſpero, ignoſcent mihi, latam interpretanti. Utique ſi rem putemus ſine affectu atque ambitione quam ſimpliciſſime, ut oportet; patitur quidem juris providentia tutorem, etſi bonum & ſanctum, ob culpam latam, id eſt, quia neſcit quod omnes ſciunt *l.* 213. §. 2. *D. de verb. ſignif.* tamquam ſocordem, eoque ad adminiſtrandum ineptum atque inutilem, a tutela removeri: tutorem vero honeſtum & probum, inſuper ad adminiſtrationem aptum atque idoneum, ob quam levem culpam, id eſt, ob quem levem errorem, a tutela removeri, quæ patitur naturalis aut civilis ratio? Non me fugit, eum ob levem culpam, ſi qua pupillo nocuerit, ei teneri actione tutelæ. Verum de hac demum quæritur, finita tutela §. *ult. Inſt. De Atilian. tut.* præſens autem deliberatio eſt de accuſatione & remotione ſuſpecti, tantum locum conſtante tutela habente §. 8. *Inſt. h. t.* Igitur quid laboramus? ſi enim ob levem culpam non convenitur durante tutela tutor; nec ob eam a tutela umquam removetur: nonne furioſi ſit, in *d.* §. 6. quærere; an ob levem culpam remotus, infamis fiat? Contra, ſi tutor, quamquam vir bonus & probus, a tutela optimo jure removetur ob culpam latam, id eſt, quia apparet, eum ad adminiſtrationem non eſſe idoneum: aut fallit me animus, aut in *d.* §. 6. fuit cauſa admonendi, tutorem ob culpam latam, id eſt, ne pupillo noceat ſimplicitate, an ſtultitia, a tutela quidem removeri, ſed ſalva exiſtimatione. Prorſus convenienter huic Ulpiani *l.* 3. §. *ult. D. h. t. Qui ob ſegnitiem, vel ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam remotus ſit, in hac cauſa eſt, ut integra exiſtimatione tutela vel cura abeat.* Per ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, ineptiam, indigitari ſocordiam, id eſt, ut Juriſconſulti loquuntur, culpam latam, multis demonſtravi *lib.* 1. *Probabil. c. ult.* Proinde cum Ulpiano infamis non habetur tutor, ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam, remotus: quid reſtat? niſi, ut ei infamis non habeatur tutor, ob latam culpam remotus: quamquam ob dolum tutela abire juſſus, infamis reputetur. Sed refert; quod alter, dum ſciens & volens improbe fraudat hominem, hunc impuberem, & per ætatem ſe non valentem defendere, ideoque ejus tutelæ ac fidei commiſſum, peſſimo exemplo abrumpit vincula humanæ ſocietatis ad tuendam communem infirmitatem comparatæ, optimo jure ſceleratus, turpis ac nefarius habetur. Alier contra, ſi forte nocet pupillo; non ut ille volens & ſciens peccat improbe: magis ignorans & nolens ei nocet, utique non calliditate conſilii, ſed ſtultitia atque errore, ſed infirmitate naturæ ei parum faventis, ideoque ab infamia omni humano jure excuſandus. Non dubito, quin huc ſpectet quoque ſequens Ulpiani diligentia *l.* 4. §. 1. & 2. *D. h. t. Decreto igitur debebit cauſa removendi ſignificari, ut appareat de exiſtimatione.* Ut exemplo liqueat Ulpiani obſervatio, apponam formulam decreti duplicem. prior talis ſit: Quoniam apparet, Sejum tutelam Mævii, ob ineptiam & ſimplicitatem adminiſtrare non poſſe; idcirco eum a tutela abire, placet. In hac formula inſerta a Prætore cauſa non infamante, Sejus a tutela abibit integra exiſtimatione. Aliter ac ſi ſic decernatur: Quando apparet, Sejum tutelam Mævii geſſiſſe dolo malo; idcirco eum a tutela abire jubeo. In hac formula ob dolum remotus a Prætore tutor, procul dubio infamis erit. *Quid ergo?* (ſic pergit *d. loc.* Ulpianus) *ſi non ſignificaverit cauſam remotionis decreto ſuo? Papinianus ait, debuiſſe dici, hunc integræ eſſe famæ.* Videlicet, quia in decreto non expreſſa remotionis cauſa, poteſt videri non ob dolum malum remotus tamquam improbus & flagitioſus: ſed ob latam culpam tamquam ineptus aut ſegnis: etſi alioquin fidelis & probus. Non omittenda quoque eſt ſequens Ulpiani moderatio *l.* 3. §. *ult. d. t. Quod ſi quis ob fraudem non removebit aliquem,*

ſed

ſed ei adjunxit (curatorem) *non erit famoſus.* qua ratione? *quia non eſt abire tutela juſſus.* Exempla dedi ſupra ex *l.* 1. §. 5. *& l.* 9. *d. t.* ſimul indicavi, eſſe ex Eurematicis Modeſtini, indicio Inſcriptionis *d. l.* 9. Eo modo accipiendum etiam hoc Juſtiniani §. 5. *Inſt. de curatoribus: Interdum & pupilli curatores accipiunt, ut puta ſi legitimus tutor non ſit idoneus* (nempe moribus) *quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. item ſi teſtamento datus tutor, vel a Prætore aut Præſide, idoneus non ſit ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret: ſolet ei curator adjungi.* Sit igitur Juſtiniano in *d.* §. 6. infamis tutor remotus ob dolum: ob culpam latam non æque. At culpa lata pro dolo habetur *l.* 226. *D. de verb. ſignif.* & clare Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. h. t.* ſic ſcribit: *Si fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentia, quia iſta prope fraudem accedit, removeri hunc quaſi ſuſpectum oportet.* Sed hæc°, & quæ præterea poſſint morari meam ſententiam, ex profeſſo diſcuſſi *lib.* 1. *Probabilium c. ult.* Non minus juvabit, addidiſſe, a me ſcripta ſub Titulo *Depoſiti* ad difficilem & obſcurum Celſi locum qui eſt in *l.* 32. *D. Depoſiti vel contra*, & quod ſcio, a nullo adhuc bene expoſitus Docto Viro.

Præter infamiam qua afficitur tutor remotus ob dolum, ſunt & aliæ pœnæ quibus eum gravari, placuit. talis eſt miſſio in poſſeſſionem bonorum §. 9. *Inſt. h. t.* ſunt & vincula publica *l.* 3. §. 16. *D. d. t.* Ne hoc quidem fine ſubſitlit Prætor: arbitratus, atrocitatem ſceleris aliquando vel corporali pœna eſſe vindicandam. eoque caſu, quia ipſe tantum habet mixtum imperium, ſolet tutorem graviter puniendum mittere ad Præfectum Urbi: cujus in Urbe eſt merum imperium. exempla ſunt in §. 10. *&* 11. *Inſt. & l.* 3. §. 15. *D. h. t.*

LIBER VIGESIMUS SEPTIMUS.

TITULUS I.

De excuſationibus.

ALTER modus quo tutores facto Magiſtratus eſſe deſinunt, excuſatio appellatur §. *ult. Inſt. Quib. mod. tutel. finit.* eſtque allegatio vacationis vel immunitatis quam quis habet ex privilegio vel ex juſta cauſa. Ea excuſatio eſt tutori tutelam recuſanti idcirco neceſſaria: quod tutela annumeratur civilibus muneribus perſonalibus *l.* 1. §. *ult. D. de munerib.* ad quæ ſubeunda poteſt unuſquiſque a Prætore cogi mulctæ dictione & pignoris captione *l.* 9. *D. d. tit.* Hoc ſenſu Ulpianus *l.* 1. *D. de admin. tut.* Gerere, inquit, atque adminiſtrare tutelam extra ordinem cogi tutor ſolet. Extra ordinem autem eſt, per Prætorem ejus remediis: non ordinario jure per Judicem actione tutelæ. Hoc donec tutor cœperit tutelam gerere: deinde ceſſant partes Prætoris, ſive (ut ait Ulpianus *l.* 5. §. 2. *&* 3. *d. tit.*) ejus qui ſolet ceſſantes cogere, & eſt actioni tutelæ locus.

Cæterum in excuſatione veniam, (ad hanc enim) obſervanda ſunt tria: primum tempus, deinde forma, poſtremo cauſa aut privilegium. Quod attinet ad tempus: placuit Oratione D. Marci, eos qui in Urbe, id eſt, Romæ, habitant, vel intra centeſimum ab ea lapidem, id eſt, intra centeſimum milliare, ſe excuſare intra quinquaginta dies continuos ex quo cognoverint, manifeſtatione vel ad faciem vel ad domum facta (ſic loquitur Modeſtinus *l.* 13. §. 1. *h. t.*) ſe eſſe tutores datos, cujuſcumque generis ſint, id eſt, qualitercumque dati. quod ſi ultra centeſimum milliare habitant, fieri dinumerationem viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum. Occurrebat quidem in hoc articulo aliqua in verbis Conſtitutionis difficultas. ſed hanc ex ejus mente ſuſtulit Cerbidius Scævola: dicens, eam dinumerationem ita obſervari oportere, ne pauciores ſint dies quam quinquaginta, ut refert Modeſtinus *d. l.* 13. §. 2. & Imp. Juſtinianus §. 16. *Inſt. h. t.* Hoc tempus ſi obſervarit tutor, bene eſt: alioquin ejus quod non fecerit, periculum ſubit *d. l.* 13. §. 1. poſita utili tutelæ actione *l.* 4. §. 3. *D. Rem pupil. vel adoleſc. ſolv. for.* nec deinde admittetur ejus excuſatio quaſi temporis præſcriptione ſummota *d. l.* 13. §. 1. *D. & l.* 11. *C. h. t.* Ne hoc quidem prætcribo (quod monet Paulus *l.* 38. *D. d. t.*) quinquaginta dierum ſpatium de quo dixi, tantummodo ad conteſtandas excuſationum cauſas pertinere: peragendo autem negotio ex die nominationis continuos quatuor menſes eſſe conſtitutos. Et tamen ſi cum ipſe inſtitueret, ut proferret excuſationem, mora contradictionis impeditus eſt, quo minus decreto liberaretur, putat Tryphoninus, recte adhuc probari excuſationem. eademque adhibenda æquitas eſt; ſi quæ vis major inciderit *d. l.* 13. §. 7. *h. t.* Dixi de tempore.

Tranſeo ad formam. primum fit excuſatio vel in partem vel in totum *d. l.* 13. §. 3. hoc modo paſſim; illo, ſi diffuſum ſit pupilli patrimo-

trimonium longe lateque. ut ſunt talia exempla apud Senecam *Epiſt.* 60. *&* 89. & poteſt eo caſu in urbe tutor datus ſe excuſare, ne ultra centeſimum lapidem adminiſtret. cæteris vero bonis quæ ultra eum lapidem ſunt, alius erit tutor dandus. Ita Marcianus *l.* 21. §. 2. *D. h. t.* verba ejus, uti eduntur, appoſui. *Licet datus tutor ad univerſum patrimonium datus eſt, tamen excuſare ſe poteſt, ne ultra centeſimum lapidem tutelam gerat: niſi in eadem provincia pupilli patrimonium ſit; & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præſides ejus.* Verba Marciani ſunt corrupta meo judicio, atque ita reſtituenda: *Licet datus tutor ad univerſum patrimonium datus eſt, tamen excuſare ſe poteſt, ne ultra centeſimum lapidem tutelam gerat: & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præſides ejus.* Expunxi verba, *niſi in eadem provincia pupilli patrimonium ſit:* quia ſunt Interpretis manifeſte: certe nihil efficiunt. contra vacant; quin conturbant ſenſum alioquin optimum & plenum.

Sed redeo ad formam excuſationis. in ea aliud placuit olim, aliud poſtea obtinuit. olim oportuit tutorem a datione ſtatim appellare: ſicut oportebat ſtatim appellari a delatione cæterorum munerum. ſed hoc mutavit D. Marcus, quantum attinet ad tutelam. ita in cæteris muneribus, & honoribus adhuc obtinet; ut, ſi cui deferantur, is non aliter poſſit cauſas ſuæ immunitatis allegare, quam interjecta ante appellatione: ſed ſi quis tutor datus fuerit vel teſtamento, vel a quo alio qui jus dandi habeat, cum non oporteat a datione provocare; ſed intra tempora præſtituta allegandam habeat excuſationem; & ſi pulſa fuerit, tunc demum appellare debeat, ante fruſtra appellet. Ad hunc modum fere Ulpianus *l.* 1. §. 1. *&* 2. *D. Quand. appelland.* & quia clare: nolim, quod a multis fit, in *l.* 13. *h. t.* captari Modeſtini verba facto a contrario argumento: ſed ſecundum hoc exponi. idemque ſuadeam obſervari circa cætera loca quæ inſuper ſolent a Viris Doctis objici: ut eſt pulchre a Domino Vinnio obſervatum ad §. 16. *Inſt. h. t.* Cæterum quod de tutoribus datis dixi, hoc & in curatoribus, ſimilitudine rationis ex mente Conſtitutionis recipit Modeſtinus *d. l.* 13. §. 1.

Dicitur igitur excuſare ſe tutor aut curator; cum ad hanc formam allegat cauſam aut privilegium; cur non debeat cogi ad ſuſcipiendam tutelam vel curam: modo id faciat pro tribunali. nam excuſatio ibi, non de plano, examinatur. Eo ſenſu Ulpianus *l.* 25. *h. t.* Excuſare, inquit, ſe tutor per libellos non poterit. nimirum, quia excuſatio decretum & cauſæ cognitionem deſiderat. Interrumpendæ tamen præſcriptionis gratia quo minus per Libellum fiat conteſtatio, nihil impedit. itaque reſcriptum eſſe, refert Modeſtinus *d. l.* 13. §. 10. *h. t.* Sunt hæc vera & neceſſaria: præſertim in his qui jure dati ſunt tutores: in cæteris autem qui non ſunt jure dati, hæc obſervari nihil opus eſſe, idem monet Modeſtinus *d. l.* 13. §. 11. *&* 12.

Supereſt, ut tractemus de cauſis & privilegiis, vacationi & immunitati a tutela aut cura locum facientibus. Eſt autem utilis hac in parte Modeſtini obſervatio *l.* 15. §. 12. *D. h. t.* docentis, quod qui habet immunitatem a civilibus vel publicis muneribus, non idcirco a tutela vel cura excuſatur. contra habet tutela ac cura ſuas proprias excuſationes ac propria privilegia: alia fruſtra allegantur. Intererit illa quæ ſint, intelligi. Late enumerantur hoc Titulo Inſtitutionum, Pandectarum, & Codicis: ac quia fere inſpectione & lectione liquere poſſunt: interpretatione non egent.

Tantum addam, quod ſi unam quis habet cauſam, aut privilegium unum; poteſt eo uti quod habet: ſi habet cauſas plures, aut plura privilegia, poteſt omnibus uti intra tempora conſtituta *l.* 21. §. 1. *D. h. t.* nam excuſatio eſt ſpecies defenſionis, nec quis prohibetur, plures habens defenſiones, etiam alia uti, niſi Lex impedit *l.* 43. *D. de reg. jur.* Unum deſideratur, ut pluribus uti volens excuſationibus omnes intra tempora conſtituta nominet apud Judicem: alioquin ſimilem eſſe ei qui nequaquam acceſſit, aut acceſſit quidem, juſtam autem remiſſionis cauſam non nominavit, Modeſtinus ait *l.* 13. §. 8. *D. h. t.* Superiori obſervationi accedit altera: quod omnes cauſæ debent eſſe perfectæ: nam imperfectæ, etſi plures, ne conjunctæ quidem ad excuſationem proſunt. non adfero exempla: extant in *l.* 15. §. 11. *d. t.*

TITULUS II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præſtandis.

Supra dixi ſub Titulo, *De adminiſtratione tutorum*, tutorem, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi *l.* 27. *d. t.* eamque providentiam redire ad duo ſumma capita: vel enim ad curandas pupilli res, vel ad exhibendam ejus perſonam, pertinere. prius illic executus ſum; poſterius huic Titulo reſervavi. is igitur continet integram pupilli exhibitionem: cujus duæ ſunt partes. una eſt, ubi pupillus educari vel morari debeat. altera finit alimenta ei præſtanda.

Quod attinet ad locum, ubi educari vel morari debeat pupillus: ait Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Prætorem, quod fit frequentiſſime, aditum, ut conſtituat, ubi vel alantur vel morentur pupilli vel poſthumi vel alii, ſolere ex per-

perſona, ex conditione, & ex tempore ſtatuere, ubi potius alendus ſit pupillus. Indicio vero *d. l.* 1. §. 2. videtur etiam Edicto promiſiſſe, de eo ſe eſſe decreturum cauſa cognita. nec dubito, quin ante omnia conſiderarit voluntatem patris. quam etiam Lex Duodecim Tabularum pro Lege obſervari juſſit: de ejus pietate erga liberos ſuos optime ſperans. & tamen ait Ulpianus, Prætorem juſta ex cauſa a voluntate patris aliquando receſſurum. fac: (hoc ponit exemplum) quidam teſtamento ſuo cavit, ut filius apud ſubſtitutum educetur. ex ſpe ſucceſſionis poteſt pupillo a tutore metui *l.* 2. *C. h. t.* igitur reſcripſit, inquit, Imperator Severus, Prætorem, præſentibus cæteris propinquis liberorum agere oportere, ut ſine maligna ſuſpicione alatur partus. Similiter ait Ulpianus *l.* 5. *h. t.* evitandos in cauſæ cognitione eſſe qui pudicitiæ impuberis inſidiari poſſint. Quod ſi pater non deſignavit, ubi morari aut educari debeat pupillus; rationis eſſe putant Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. d. t.* educationem nulli magis committi, quam matri: tamen ſub hoc temperamento; niſi vitricum ei induxerit. At enim in *l. ult. C. de contrar. judic. tutel.* reperitur vitricus privigni ſui tutor. Novi: ſed confingendus caſus ex *l.* 2. *C. de interdict. matrim. int. pupill. & tut.* in qua dicitur tutor uxorem duxiſſe pupilli ſui matrem: quod ei licere, alibi obſervavimus. Cæterum eſt & illa hac in parte inſpectio, quid juris ſit, ſi Prætor cauſa cognita elegerit aliquem, apud quem jubeat pupillum educari vel morari; iſque recuſet? Silet hic Edictum. ſed Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. & 3. *D. h. t.* ſic ſcribit: *Quamvis Prætor recuſantem apud ſe educari non polliceatur ſe coacturum, attamen quæſtionis eſt, an debeat etiam invitum cogere, utputa libertum, parentem, vel quem alium de adfinibus cognatiſve? & magis eſt, ut interdum debeat id facere. Certe non male dicetur, ſi legatarius vel heres educationem recuſet teſtamento ſibi injunctam, denegari ei actiones debere: exemplo tutoris teſtamento dati. quod ita demum placuit, ſi idcirco ſit relictum. cæterum, ſi eſſet relicturus, etiamſi educationem recuſaturum ſciret, non denegabitur ei actio. & ita D. Severus ſæpiſſime reſcripſit.*

Altera Tituli pars occupatur circa alimenta pupillo præſtanda. Alimentorum autem appellatio (Paulo interprete *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.*) hic complectitur alimenta tam animi, quam corporis: id eſt, victum, veſtimenta, tectum, item famulos neceſſarios, & poſtremo mercedes præceptorum. Apud Ulpianum *l.* 2. *D. h. t.* ſic extat: *Ante oculos habere debet* [Prætor] *in decernendo & mancipia quæ pupillis deſerviunt,* & mercedes pupillorum, *& veſtem & tectum pupilli.* Nullo ſenſu; etſi aliquem facere conatus eſt Dionyſius Gothofredus. conſtabit ſenſus, ſi pro *mercedes pupillorum* ſcribatur, *mercedes præceptorum.* Quod bene animadvertit Elbertus Leoninus V. CL. *lib.* 3. *Emendat. c.* XI. *n.* 7. & convenit *d. l.* 12. §. 3. & *l.* 4. *D. h. t.*

In hæc alimenta quo jure tutor debeat impenſas facere, ſi quæratur; ait Antoninus *l.* 3. *C. de admin. tut.* ei licere, ſuo arbitrio facere, etiam ſine decreto Prætoris. eaſque ſic fieri, aliquando pupillo utile eſſe, ne ſecreta patrimonii, & ſuſpectum æs alienum pandatur, obſervat Alexander *l.* 2. *C. de alim. pupill. præſt.* proinde quæ vir bonus arbitratur, merito eſſe erogata ad exhibitionem educationis, miniſteria, ſtudiaque, ea tutori accepto ferri oportere *d. l.* 3. reſcribit Antoninus: & cauſatur, quod a tutoribus ſive curatoribus bona fide erogatur, potius juſtitia, quam aliena auctoritate firmari. quin Alexander *d. l.* 2. negat, eſſe ferendum juvenem qui cum præſens eſſet, ſtudiiſque eruditus & alitus, ſi ea per alium ſe conſecutum non probet, ſumptus recuſet, quaſi vento vixerit, aut nullo liberi hominis ſtudio imbui meruerit. Eodem modo & ſenſu Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.* Congruit, inquit, officio judicis qui tutelæ, id eſt, de actione tutelæ, cognoſcit, reputationes tutoris non improbas admittere: ut puta, ſi dicat, impendiſſe in alimenta pupilli vel diſciplinas. Cum dicit *reputationes non improbas*, non oportet intelligi, quas minimas poterit: ſed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.* &, ut dictum modo, quæ vir bonus arbitratur, merito eſſe erogata.

Fuerit tamen tutori tutius, ne ejus reputationibus aliquando moveatur controverſia, curare, uti modus impenſarum terminetur decreto Prætoris *d. l.* 2. *C. de alim. pupil. præſt.* is enim ſervari debet. niſi ſtatuit ultra vires facultatum: nec ſuggeſſit Prætori tutor de ſtatu facultatum. tum enim non debet ratio alimentorum haberi: quia ſi ſuggeſſiſſet, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur *d. l.* 2. §. 2. Modum igitur patrimonii ſpectare debet Prætor; nec minus ætatem pupilli, aut pupillæ, aut adoleſcentis, vel earum quæ intra vigeſimum annum conſtitutæ ſunt: tam puellis, quam pueris artibus liberalibus inſtitui ſolitis *l.* 15. *C. de negot. geſt.* uſque ad annum vigeſimum: ut intelligitur ex *l.* 3. §. 5. *D. h. t.* Exempla eruditarum virginum, mulierumque, non appono. attulit complura & pulchra V. CL. Radulphus Fornerius *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* 21. Illud hic ſileri non ſinit ratio, (eſt enim ſummæ prudentiæ, tueri volentis rem familiarem) quod monet Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. Prætorem non tantum modum patrimonii ſpectare debere, cum alimenta decernit, ſed in primis debere ſtatuere tam moderate, ut non univerſum reditum patrimonii in alimenta decernat, ſed ſemper ſit, ut aliquid ex reditu ſuperſit. Apud Ariſtotelem *lib.* 2. *Oeconomic.* reperio hoc

Digitized by Google

quod ſequitur: *Extra quoque iſta, quiddam omnium adminiſtrationis domeſticæ generum commune, & in illis præcipue, atque hoc in primis conſiderandum eſt: Ne impendia ſint majora, quam fructus.* Sed melius Ulpianus: volens, quotannis aliquid ſupereſſe, quod ſit præſidium adverſus damna fatalia, incendium, inundationem, vim hoſtium, mortes ſervorum aut animalium, & ſimilia alia. his certe ingruentibus, ſi non ſit ante bonis temporibus aliquid ſepoſitum; aut fœnori ſumenda pecunia eſt, aut prædia vendenda ſunt: quod non eſt boni & prudentis patrisfamilias. Optime Proculus apud Celſum *l.* 79. §. 1. *D. de legat. lib.* 3. audiſſe ſe, ruſticos ſenes ita dicentes, pecuniam ſine peculio fragilem eſſe: peculium appellantes quod præſidii cauſa ſeponeretur. Dixi quid in modicis patrimoniis obſervare debeat Prætor, alimenta pupillo terminaturus. at in amplis ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. non cumulum patrimonii modum alimentis daturum, ſed quod exhibitioni frugaliter ſufficit.

Hæc, ſi conſtet, quis modus facultatum ſit. qui ſi non conſtet: Prætor (ex ſententia Ulpiani *d. l.* 3. §. 4.) inter tutorem & eum qui alimenta deſiderat, ſuſcipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. prius tamen exigere debet, ut profiteatur tutor, quæ ſit penes ſe ſumma: & comminari graviores ei infligi uſuras ejus quod ſupra profeſſionem apud eum fuerit comprehenſum.

Quæ dixi tum obtinent maxime; cum tutor ultro paratus eſt, alimenta præſtare? quid ſi id non ſit? ait Antoninus *l.* 1. *C. de alim. pupil. præſt.* oportere pupillum adire Præſidem: qui ne in alimentorum præſtatione mora fiat, partibus ſuis fungetur. Sic: ſi præſens ſit tutor. ſed finge, abſentem eſſe. jam quid obſervari debeat, diligenter tradit Tryphoninus *l. ult. D. h. t.*

Plane, ſi egeni ſunt pupilli, de ſuo eos alere tutor non compellitur: & ſi forte poſt decreta alimenta ad egeſtatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quæ decreta ſunt, quemadmodum ſolent augeri, ſi quid patrimonio acceſſerit *l.* 1. §. *ult. D. h. t.*

TITULUS III.

De tutelæ & rationibus diſtrahendis, & utili curationis cauſa actione.

Explicitis modis quibus conſtituitur & finitur tutela ac cura, itemque his quæ ad utriuſque adminiſtrationem & cætera pertinent: nihil reſtat præter actiones ad eorum executionem comparatas. Sunt autem plures, ex quibus Rubrica prodit tres. una eſt tutelæ, altera de rationibus diſtrahendis, tertia utilis curationis cauſa actio. Initium expoſitionis ſumam ab actione tutelæ: quæ eſt directa vel contraria. hanc attingit ſequens Titulus: præſens illam quam vocat tutelæ, per excellentiam; quia eſt principalis: ſicut directa commodati, item directa depoſiti, quia ſunt principales actiones, ſimpliciter commodati & depoſiti appellantur: ut in loco monui. His addam, quod tutelæ actio, ut eſt bonæ fidei §. 28. *Inſt. de actionib.* in Titulo 51. lib. 6. Codicis dicitur arbitrium tutelæ: exemplo cæterarum actionum bonæ fidei; quæ in ſpecie arbitria nuncupantur: quia in his officium Judicis non includitur certis finibus; ut in actionibus ſtricti juris: ſed habet liberam arbitrandi facultatem; quantum cuique ex fide bona præſtari oporteat: ut olim tradidi *lib.* 1. *De juriſdict. & imper. c.* 13.

De actione tutelæ quam dixi eſſe directam & contrariam, propoſitum a Prætore fuiſſe Edictum, apparet ex *l.* 1. *D. de contrar. tutel.* verba tamen nuſquam extant. mentem ſic confingit V. CL. Gulielmus Ranchinus: *Eum qui tutelam geſſit, rationem eo nomine reddere cogam.* Invita plane Juriſprudentia: quæ actionem tutelæ numquam putavit eſſe cognitionis extraordinariæ, ſed juris ordinarii. itaque Edictum ſic concipi ſuadeam: *Quod a tutore geſtum eſſe dicetur, de eo finita tutela, judicium dabo.* Ratio proponendi Edicti fuit ſumma: erat enim æquum, tutorem finita tutela pupillo reddere rationem adminiſtratæ tutelæ §. *ult. Inſt. De atil. tut.* nec tamen erat proprie ex contractu obligatus: quando nullum negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. quin plerumque invitus ad tutelam accedit tutor. at nec poterat ex maleficio obligatus videri. quippe honeſtum factum erat tutelæ adminiſtratio. igitur cum oporteret eo nomine conveniri tutorem, nec occurreret alia obligandi cauſa; optime placuit, eum teneri quaſi ex contractu §. 2. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contract. naſc.*

Nec eſt dubium, quin actio tutelæ, pro fundamento habens obligationem, ſit in perſonam §. 1. *Inſt. de act.* ideoque ex hoc Edicto pupillo & ejus heredi competat adverſus tutorem ejuſque heredem *l.* 1. §. 16. *D. h. t. l.* 12. *C. Arbitr. tutel.*

Sed quando? convenienter Edicto Paulus *l.* 4. *h. t.* Niſi, inquit, finita tutela ſit, tutelæ agi non poteſt. Quid igitur ſi adhuc impubes tutelæ agat? ait Paulus §. 2. *d. l.* nihil conſumi. Senſus Pauli obſcurus eſt; ſed vult, quia durat tutela impuberis, interim fruſtra agi, nondum nata actione; ideoque cum erit nata, adhuc recte agi: ut in ſimili obſervatur *l.* 13. §. 5. *D. de pign.* Sed & ſi tutori curator ſit adjunctus, quamvis ſuſpecto poſtulato, non cogetur tutelæ judicium tu-

tor ſuſcipere: quia tutor maneret *l. 9. §. 5. D. h. t.* Eſt igitur generaliter traditum, pupillum cum tutore ſuo non poſſe agere tutelæ: idque hactenus verum eſſe Ulpianus ait *d. l. 9. §. 4.* ſi eadem tutela ſit. & præfatur, abſurdum fore, a tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua adhuc perſeveraret: in qua autem deſinit tutor, & iterum cœpit eſſe; contra confitetur, ſic ex priſtina adminiſtratione tutelæ debitorem eſſe pupillo, quomodo ſi pecuniam creditam a patre ejus accepiſſet. Ac ne quis hoc fruſtra dici putet; ait, eſſe ejus ſententiæ effectum: quod ſi ſolus tutor eſt, utique ipſe ſecum non aget: ſed vel per ſpecialem curatorem conveniendus eſt; vel pone, eum contutorem habere qui poſſit Judicem adverſus eum accipere ex qua cauſa cum eo tutelæ agi poteſt. Quin imo addit Ulpianus, ſi medio tempore ſolvendo eſſe deſierit tutor, imputabitur contutoribus, cur non egerint cum eo. Hoc in tutelæ actione. De cæteris ſic ſcribit Ulpianus *d. l. 9. §. ult. Cæteræ actiones, præter tutelæ, adverſus tutorem competunt, etſi adhuc tutelam adminiſtrant, veluti furti, damni, injuriæ, condictio.* Sed obſervandum, quod mox ex Paulo ſubjicirur *l. 10. Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit.* Senſus Pauli, cæteras omnes actiones, præter tutelæ actionem, naſci quidem & competere, durante tutela, etſi interim non poſſint inſtitui aut dari. quid ergo, ſi moriatur tutor, durante tutela? an quæ inſtitui non poſſunt adverſus heredem, interim morientur cum injuria pupilli? Hoc æquitas non ſinat. quid ergo eſt? Hanc difficultatem ſic ſolvit Paulus: *quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus actionem habet: quia ſibi ſolvere debuit.* Pulchre: ſed quo ſpectant hæc, *Quamvis enim morte tutoris intereant?* an, ut furti, injuriæ, damni, id eſt, Legis Aquiliæ, actio, ita condictio ſurtiva, extinguitur morte tutoris? Abſit. atqui in præcedentibus omnes peræque attigit Ulpianus. ſed Pauli verba non ſunt referenda ad omnes actiones, ab Ulpiano ante allatas: ſed ad pleraſque. Nec id novum; quin ſæpe evenit apud Veteres, ut poſteriora cum prioribus comparata, non ad omnia uſque quaque reſpiciant. Eſtque id hoc in loco eo certius: quia excerpta ſunt hæc Fragmenta, non dicam ex diverſis locis, ſed ex diverſis auctoribus, Ulpiano & Paulo.

Dixi, quando detur tutelæ actio. videamus, de quo detur. ait Prætor, *Quod a tutore geſtum erit, de eo judicium dabo.* In hunc ſenſum conceptum fuiſſe Edictum, ex ſequentibus fiet probabilius. Datur igitur tutelæ actio de eo quod geſtum erit a tutore: id vero ſic accipio, quod tum fuit geſtum, cum eſſet tutor. Enimvero ſi poſt pubertatem, aliquid ſit ab eo geſtum; non eſt a tutore geſtum, quod eſt finita tutela geſtum: ideoque in judicium tutelæ venire, negat Ulpianus *l. 13. h. t.* niſi ſit ſine quo adminiſtratio tutelæ expediri non poteſt. & eſt tale exemplum *l. 5. §. 5. D. de admin. tut.* Tutor pupillum ſuum puberem factum non admonuit, ut ſibi curatores peteret: ſacris enim Conſtitutionibus hoc facere jubetur qui tutelam adminiſtravit. ea re læſus eſt minor. quæritur, an tutelæ teneatur qui fuit tutor? Ulpianus putat, ſufficere tutelæ judicium. & rationem hanc adfert: quaſi connexum ſit hoc tutelæ officio, quamvis poſt pubertatem admittatur. Longe aliter cenſet *d. l. 13.* ſi poſt pubertatem pupilli is qui ejus tutor fuerat, ejus fundos vendiderit, mancipia, prædia comparaverit: jam enim neque venditionis hujus, neque emptionis rationem judicio tutelæ contineri. Sed verum eſſe inquit, ea quæ connexa ſunt, id eſt, ſola hæc, etſi inciderint, poſt finitam tutelam, in tutelæ judicium venire. Addit, & illud eſſe verum, ſi tutor cœperit negotia adminiſtrare poſt tutelam finitam, judicium tutelæ devolvi in negotiorum geſtorum actionem: & cauſatur, oportuiſſe eum a ſemetipſo tutelam exigere. Hoc Ulpianus *d. l. 13.* & mox ſubjicitur ex Gajo *l. 14.* Si poſt pubertatem tempore aliquo, licet breviſſimo, intermiſerit adminiſtrationem tutor, deinde cœperit gerere: ſine ulla dubitatione tam tutelæ, quam negotiorum geſtorum judicio eum eo agendum eſt. Senſus Gaji, eſſe tutelæ agendum de eo quod eſt geſtum ante pubertatem: negotiorum vero geſtorum de eo quod poſt pubertatem geſtum eſt: ſi intervenerit tempus aliquod, licet breviſſimum.

Igitur quod geſtum, id eſt, adminiſtratum, curatum, ſervatum erit, de eo datur a Prætore directa tutelæ actio. de aliis non datur; ſi ſpectemus Edicti verba. quid, ſi mentem? ſub geſto videtur Prætor etiam non geſtum eſſe complexus: pari loquendi forma quam ad Terentium, *Adelph. 1. 2. 25.* in his verbis, *Quod tu feciſti inopia*, obſervat Donatus: *Nota*, inquiens, *feciſti in eo quod ſignat non feciſti.* Competit igitur ex Edicti verbis directa tutelæ actio de eo quod geſtum eſt; ex mente autem & ſententia utilis de eo quod non eſt geſtum. ita accipio Ulpianum *l. 4. §. 3. D. Rem pupil. vel adoleſc. ſalv. for* ac ne deeſſent exempla, appoſui *l. 5. l. 10. l. 13. D. h. t. l. 13. §. 1. D. de excuſat.* nec opus explicatione. ſuffecerit formula actionis bonæ fidei, ſolita concipi de eo quod alterum alteri ex fide bona præſtari, æquum eſt. ita quod dubium, oportere tutorem pupillo hac actione reddere rationem adminiſtrationis *§. ult. Inſt. de Atil. tut.* duas habituram partes: una eſt, ut pupillo reſtituat quidquid ex adminiſtratione retinet: altera, ut ei reparet damnum, ſi quod ei committendo aut omittendo dederit. nam hæc bona fides poſtulat.

Primum oportet tutorem pupillo ex fide bona reſtituere quidquid ex adminiſtratione retinet; ideoque non in folle. id enim belle negat Calliſtratus *l.* 82. *D. de cond. & demonſtr.* & contra Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* officio, inquit, tutoris incumbit, conficere tabulas ſeu codices actus ſui, & finita tutela, inventaria exhibere. quod ſi non faciat, aut non exhibeat, hoc nomine tenetur judicio tutelæ. addit, de ſervis quoque interrogationes & quæſtiones habendas, & hoc officio Judicis convenire. adeo rationem reddere non eſt nudi facti: ſed (ut optime Calliſtratus *d. l.* 82.) eſt, dare rationem legendam primum, deinde computandam: ut explorari poſſit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte ſint. Hac providentia obtinetur, ut juſtis probationibus liqueat veritas: nec opus ſit, bonorum quantitatem conjici ex eo quod teſtamento ſuo dixerat pater, forte plus ſperans de ſuis facultatibus; nec ex eo quod alibi dixerit tutor, pupilli fortunam in ejus honorem ultra modum jactans: ſed ex eo quod ipſe in inventario publice a ſe facto confeſſus ſit *l.* 1. *l. ult. C. Arbitr. tut.* Summa huc exit: ut reſtituat pupillo tutor quæ ex ejus bonis retinet. atque ita (quod obſervat Calliſtratus *d. l.* 82.) incipit quidem res a facto: pervenit autem ad pecuniam. Nec alio ſenſu jubent Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. Arbitr. tut.* tutorem quondam conveniri; ut tam reddat rationem, quam ſi quid reliquorum nomine debeat.

Altera pars reddendæ rationis conſiſtit in eo: ut tutor pupillo reparet damnum quod ei dederit vel committendo vel omittendo. pone: imminuit bona quæ accepit; aut non adquiſivit quæ potuit adquirere: quia fecit quæ facere non debuit; aut omiſit quæ debuit facere: ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t. In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio: præſtando dolum, culpam, & quantam in rebus ſuis diligentiam.* Exemplum ejus quod facere non debuit, & fecit, ſi quis requirat, eſt in §. 1. & 2. *d. l.* 1. ejus quod facere debuit, & non fecit, in *l.* 1. §. 1. *l.* 5. §. 10. *D. de admin. tut.* optime igitur Alexandro cuidam ſic reſcribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. Arbitr. tut. Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, ſeu curatoris, minores amiſerint, vel cum poſſent, non adquiſierint: hoc in tutelæ ſeu negotiorum geſtorum utile judicium venire, non eſt incerti juris.* Sed apparet, tutorem, ſive quid omittendo læſerit pupillum, ſive committendo, teneri de dolo, culpa lata, & levi. Poterat quis putare, tutorem etiam de leviſſima culpa teneri oportere, exemplo procuratoris & geſtoris negotiorum. Sed aliter placuit Veteribus: exiſtimantibus, intereſſe: quod hi ad aliena negotia volentes accedunt: ille invitus venit neceſſitate muneris publici. Vice verſa, poſſit quis exiſtimare, ſufficere, tutorem tantum teneri de dolo & culpa lata: cum nulla ſit ejus ex tutela utilitas; non magis, quam depoſitarii ex depoſito. Nec male: niſi utilitas conſervandi pupilli qui nec ſe, nec ſua, tueri poteſt, ſuaderet, a tutore etiam levem culpam præſtari. Recte igitur tenetur pupillo tutor hac actione de dolo & culpa lata ac levi. Id tamen aliquando fallere, obſervavi ſupra ſub Titulo, *De admin. tutor.* nec jam agam actum.

Dixi, ad quid teneatur tutor: nondum quatenus. non autem dubito, quin in ſolidum teneatur: obligatus pupillo quaſi ex contractu. Hac mente dixit Prætor ſimpliciter atque infinite, daturum ſe judicium de eo quod a tutore geſtum erit. atque æquiſſime: ſi quidem unus tutor ſit. ſed quid, ſi plures ſint? & ſi omnes tutelam adminiſtraverint pro indiviſo, in ſolidum tenentur ſinguli, quaſi individua hac in ſpecie tutelæ cauſa *l.* 55. *D. de admin. tutor.* quod ſi diviſa inter eos ſit tutela a teſtatore, aut a Magiſtratu, Præſide, verbi gratia; poteſt quidem pro ſua quiſque adminiſtratione conveniri; pro alterius autem adminiſtratione non poteſt: niſi per dolum aut culpam ſuſpectum non removerit, vel tarde ſuſpicionis rationem moverit: cum alter eorum non ſolvendo effectus ſit, vel ſuſpicionis cauſam agendo ſua ſponte jura pupilli prodiderit. Non ita eſt; ſi diviſa ſit tutela, non a teſtatore ejus teſtamento, nec decreto Magiſtratus; ſed conventione tutorum: tum enim perinde habetur, ac ſi non eſſet diviſa *l.* 2. *C. de divid. tutel.* ſcilicet, ne privata conventione pupillo noceatur, dividua facta tutela quæ regulis juris eſt individua. placet igitur, vel hoc caſu in ſolidum teneri ſingulos.

Dixi quid velit juris rigor. porro accipe temperamentum ex æquo & bono receptum; & quidem triplex: puta exceptionem ordinis, diviſionis, & cedendarum actionum. Prima exceptio eſt ordinis: nam ſi non omnes geſſerunt tutelam, quia unus fuit ordinarius, alter honorarius; benigne obtinuit, primum conveniri ordinarium; & ſi contra fiat, jus eſſe honorario, ſe tueri exceptione ordinis *l.* 3. §. 2. *D. de admin. tut. l.* 1. & 2. *C. Si tut. vel curat. non geſſer. l.* 3. *C. de divid. tutel.* Altera exceptio eſt diviſionis, competens uni tutori in ſolidum convento, cum reliqui ſunt ſolvendo. æquiſſimum enim eſſe creditum eſt, actionem inter eos dividi pro portionibus virilibus, exemplo fidejuſſorum *l.* 1. §. 11. *D. de admin. tut.* quod ſi non omnes ſolvendo ſunt, ſed aliqui: adhuc inter eos qui ſolvendo ſint, dividitur actio, & poterunt illi, prout quiſque ſolvendo eſt, conveniri §. 12. *d. l.* Tertia exceptio eſt cedendarum actionum, fere habens locum, tutore qui non eſt uſus exceptione diviſionis, in

ſoli-

ſolidum condemnato, tum enim poteſt, ſi velit, ante ſolutionem a pupillo petere, ſibi cedi actiones quas habet adverſus contutores; ac, ſi ceſſet, eum repellere exceptione cedendarum actionum *l. 2. C. de divid. tutel.* Juſtiſſime: nam ubi non intereſt pupilli, aliter fieri; quid ni proſit tutori, cum poteſt ſine incommodo ſuo? Hoc plus obſervat Ulpianus *d. l. 1. §. 13. D. de admin. tutor.* ſi forte quis condemnatus ex alterius tutoris facto, vel ex communi geſtu, jam præſtiterit, nec ei mandatæ ſint actiones, conſtitutum eſſe a D. Pio, & ab Imp. Antonino Caracalla & D. Patre ejus, utilem actionem tutori adverſus contutores dandam. atque hanc eſſe ſingulari jure indultam hac in ſpecie, nec ad alios fidejuſſores porrigendam, præclare obſervavit D. Giphanius ad *l. 2. C. de divid. tutel. pag.* 465. optima ratione quæ poteſt ibi videri. Plane, ſi ex dolo communi conventus præſtiterit tutor; ait Ulpianus §. 14. aliter obſervari: nam neque mandandas eſſe actiones, neque utiles competere. qua ratione? hanc dat juſtiſſimam: quia proprii delicti pœnam ſubit; eaque res indignum eum fecit, ut a cæteris quid conſequatur doli participibus: non ſinente jure, ut ulla ſit ſocietas maleficiorum, vel communicatio juſta damni ex maleficio. Sit ita inter eos: ſed nihil hoc ad pupillum. cur enim, cum inter eos ſocietas delicti non ſit, unius ſolutio aliis a pupillo liberationem parit? fuiſſe hanc interrogationem Calocyri didici ex Scholiaſte Græco, *Baſilic. lib. 38. tit. 3. lit. E. pag. 82. & ſeq. tom. 5.* ſubjicitur autem hæc reſponſio: Si merum eſt delictum quod originem non capiat ex contractu, ſinguli in ſolidum condemnantur, ut in furto & injuria: nec enim ab initio in hanc rem coiri ſocietas potuit. ſed ſi præceſſerit contractus, vel quaſi, ut in his qui communiter tutelam adminiſtrant, vel depoſitum aut commodatum accipiunt, unius ſolutio liberat alium. nam harum perſonarum ſocietas legitima eſt.

Altera Rubricæ pars complectitur actionem de rationibus diſtrahendis. cujus originem ex Lege Duodecim Tabularum petit Tryphoninus *l. 55. D. de admin. tutor.* confeſſus, tutores, ſi pecuniam pupilli interceperint, nec rationibus intulerint, ea in duplum teneri. videtur igitur hæc actio dicta de rationibus diſtrahendis: quia ea agitur, ut diſtrahatur, id eſt, reſcindatur, & mutetur, perperam concepta ratio. Tenentur autem, ut Ulpianus ait, hac actione tutores qui legitimi fuerunt: non tamen ſoli, ſed omnes qui jure tutores ſunt, & gerunt tutelam *l. 1. §. 19. D. h. t.* Plenius Paulus *l. 2. Actione*, inquit, [*de*] *rationibus diſtrahendis nemo tenetur, niſi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abſtulerit.* Ne hoc quidem omittendum putat Ulpianus, quod non ſtatim datur hæc actio, ſed exemplo actionis tutelæ competit tunc, cum & tutelæ actio, hoc eſt, finita tutela *l. 1. §. ult. h. t.* Datur vero, ut dixi, in duplum: quaſi coërcens furti ſpeciem. quamquam aliquatenus a furto diſtinguitur hoc tutoris factum: niſi manifeſtus fuerit furandi animus. quo caſu etiam furti teneri tutorem, Paulus obſervat *d. l. 2. §. 1. h. t.* Interim diſtinguitur a furti actione actio de rationibus diſtrahendis, tamquam mitior a ſeveriore *l. 55. §. 1. D. de admin. tut.* etenim actio furti tota pœnalis eſt *§. ult. Inſt. De oblig. quæ ex delict. naſc.* in hac vero non tota dupli pœna eſt; ſed in ſimplo rei perſecutio continetur *d. l. 2. §. ult.* præterea duplatur in actione furti id quod intereſt *l. 52. §. 28. l. 50. l. 80. §. 1. D. de furt.* quod in hac noſtra non eſt: nam in ea id quod intereſt non venit; ſed rei tantum æſtimatio *l. 1. §. 20. h. t.* Vix opus admoneri, hanc actionem pupillo ſimilibuſque perſonis dari ex eo quod vivo pupillo captum eſt: ſed in heredem cæteroſque ſucceſſores non dari, quia pœnalis eſt. dicitur tamen eſſe perpetuam *d. l. 1. §. 23.* quia venit ex Lege Duodecim Tabularum; ita non eſt Prætoria, ſed civilis actio.

Tertia hujus Tituli pars eſt De actione utili curationis cauſa. eſt vero hæc auctore Paulo *l. 4. §. ult. D. h. t.* non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum, actio: quam etiam adverſus curatoris ſucceſſores ponunt Diocletianus & Maximianus *l. 17. C. de negot. geſt.* Dicitur vero hæc actio negotiorum geſtorum utilis: quia directa a Prætore propoſita fuit adverſus eum qui ad alterius negotia gerenda ſponte venit contemplatione amicitiæ: cum minoris aut furioſi curator ad eorum negotia veniat neceſſitate muneris publici. Si tamen per curatorem utiliter geſta ſint minoris aut furioſi negotia; quia non oſtenditur alia qua agatur, actio; & interim æquum eſt, dari aliquam: placuit, in curatoris quoque perſonam recipere actionem negotiorum geſtorum, non directam, ſed utilem: perinde ac ſi ſua ſponte ad aliena negotia veniſſet: ut indicavi ſupra ſub Titulo, *De negotiis geſtis.* Plane hæc actio utilis, ut non ſit tutelæ, abuſive tutelæ dicitur *l. 3. C. Arbitr. tut.* ubi eam imitatur: ſane ſicut in actionem tutelæ venit tutoris dolus, & culpa lata ac levis: ita in utilem actionem negotiorum geſtorum venire curatoris dolum, item culpam latam ac levem, intelligitur *l. 7. C. d. t.* cum alioquin in actionem negotiorum geſtorum etiam veniat culpa leviſſima: ut ſuo loco demonſtratum. De cætero eſt quoque, ubi diſtat utraque actio. id obſervat Paulus *l. 4. §. 3. D. h. t.* verbis ſequentibus: *Cum furioſi curatore non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum actio eſt: quæ competit etiam dum negotia gerit: quia non idem in hac actione quod in tutelæ actione, dum impubes eſt is cujus tutela geritur, conſtitutum eſt.* Hic Pauli locus aliter accipiendus, quam prima facie videtur. poſſit enim quis exiſtimare,

mare, Paulum propter indefinitam loquendi formam voluiſſe, hoc intereſſe inter actionem tutelæ & utilem curationis cauſa negotiorum geſtorum actionem: quod hæc poteſt ſemper inſtitui tam durante, quam finita tutela: illa finita demum tutela poteſt, durante numquam. Sed talis interpretatio a vero aliena eſt: monſtrante *l.* 14. *C. de admin. tut.* in qua Clementi cuidam ita reſcribitur: *Rationes curæ adminiſtratæ ante impletum quintum & viceſimum annum, durante officio, poſci jure non poſſe, manifeſtum eſt.* Igitur putemus, Paulum velle *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* tutorem durante tutela a pupillo neque generali tutelæ actione ad reddendas rationes, neque ſpeciali furti, injuriæ, ex Lege Aquilia, aut ſimili conveniri: ſed curatorem ab adulto, quamvis manente adminiſtratione, poſſe conveniri ſpeciali actione furti, vel injuriæ vel damni injuria dati ex Lege Aquilia, vel alia ſimili: ſed utili curationis cauſa actione, quæ eſt generalis, & pro rationum redditione competit, eum perſeverante adminiſtratione conveniri nullo modo poſſe. Res clara & certa ex *l.* 5. § 6. *D. de admin. tutel.* clarior tamen & certior erit, expoſita hac loquendi forma indefinita, *Quæ competit etiam, dum negotia gerit.* eſt vero ſic accipienda, quaſi dicat Paulus, Quæ competere etiam poteſt, dum negotia gerit: vel quæ aliquando etiam competit, dum negotia gerit. Hunc uſum atque hanc vim indefinitæ hujuſmodi locutionis alibi jam obſervavi ſub Titulo, *De his qui not. infam.* ex *l.* 13. §. *ult.* & *lib. ſing. De form. emend. dol. mal. c.* 12. ex *l.* 41. *D. de pign. act.* præeunte Apulejo *lib.* 3. *De philoſophia p.* 404. Ac ſecundum hæc explicanda quoque *l.* 1. §. 3. *D. de contrar. tut. act.* & *l.* 26. *D. de admin. tut.*

TITULUS IV.

De contraria tutelæ & utili actione.

Præter actionem de rationibus diſtrahendis, expoſita ſuperiore Titulo eſt directa tutelæ actio. hoc ſequitur contraria, ſic appellata, quia contra, id eſt, viciſſim datur: ut alibi monui. De ea Ranchinus tale compoſuit Edicti caput: *Si quid ex adminiſtratione bonorum pupilli debeatur, eo nomine in eum contrariam actionem dabo.* Sed errat. numquam Prætor contrariam actionem propoſuit ſpeciali Edicti capite. id poteſt ex Edictis de negotiis geſtis, de commodato, aliiſque ſuis locis expoſitis intelligi. Meo judicio, profecta contraria tutelæ actio ex interpretatione Edicti ſuperiore Titulo allati. Eo cum Prætor diceret, *judicium eo nomine dabo*, agere creditus eſt; ut tam tutori, quam pupillo, præſtetur, quidquid ex tutela geſta aut neglecta hinc inde præſtari oportet ex fide bona. Eo ſenſu accipio quæ ab Ulpiano *l.* 1. *h. t.* dicta pro utilitate receptæ contrariæ actionis. Itaque eſt: ſicut actio pupillo adverſus tutorem datur quaſi ex contractu: eo modo contraria datur tutori adverſus pupillum: nec minus heredi & adverſus heredem, cæteroſque ſucceſſores. Adde, quod ut illa, ſic hæc, perpetua dicitur *l.* 3. §. *ult. h. t.* Præterea ſicut illa, ſic iſta, competit demum finito officio: cæterum quamdiu durat, nondum competit *l.* 1. §. 3. *d. t.* Quid igitur ſi remotus a tutela ſit tutor? Julianus *l.* 4. *d. t.* ſic ſcribit: A tutela remotus eo loco haberi debet, quo eſſet finita tutela, & ſicut actiones patitur, perinde ac ſi pupillus pubes factus eſſet: ita contrario judicio, ſi quid ei aberit, perſequi debebit. nihil enim prohibet ſuſpectum tutorem eſſe, quamvis complura impenderit quæ eum amittere non oportet.

Cauſa igitur contrariæ actionis eſt; ut tutor finita tutela, a pupillo recipiat quod ei propter tutelam abſit. fac: impenſas fecit in rem pupilli *l.* 1. *h. t.* quid ſi agat ad hoc, ut tutelæ judicio liberetur? ceſſat hæc actio: quia ei nihil abeſt *l.* 3. §. 1. *d. t.* & ſolum petit hac actione tutor, ſi quid ei abeſt. imo ſi tutor pro pupillo ſe obligavit; habet contrariam actionem, & antequam ſolvit *l. ult. d. t.* modo (ut obſervat Cujacius *lib.* 26. *Obſerv. c.* 20.) non ſimpliciter fidejuſſione ſe obligarit pro pupillo, ſed pro eo expromiſerit facta novatione: nam quia is finita tutela ſtatim poteſt conveniri tamquam reus principalis: poteſt etiam ſtatim agere contraria actione, ut liberetur: exemplo curatoris reipublicæ: de quo ſimile traditum *l.* 3. §. 2. *D. de admin. rer. ad civit. pertin.* Sed plerumque petit hac actione tutor quod impendit. nec multum refert, utrum bonum eventum, an adverſum habeat quod geſtum eſt: ſufficit enim tutori, bene & diligenter negotium geſſiſſe *d. l.* 3. §. 7. quod & in contraria negotiorum geſtione tradidi ſub Titulo *De negot. geſt.* Quid ergo, ſi in pupillum plus impendit tutor, quam eſt in facultatibus, an poteſt hoc conſequi? Labeo affirmat. ſed Ulpianus *d. l.* 3. *pr.* id ſic accipit; ſi expedit pupillo, ita tutelam adminiſtrari: cæterum, ſi non expedit; putat, abſolvi pupillum oportere: & hac utitur ratione quæ eſt optima: quod non in hoc adminiſtrantur tutelæ, ut mergantur pupilli. Judex igitur qui in contrario judicio cognoſcit, utilitatem pupilli ſpectabit, & an tutor ex officio ſumptus fecerit. Poſtremo obſervat Calliſtratus *l.* 33. §. *ult. D. de admin. tut.* quod Principalibus Conſtitutionibus declaratur, ſumptuum qui bona fide in tutelam, non qui in ipſos tutores fiunt, ratio haberi

beri

beri ſolet: niſi ab eo qui eum dat, certum ſolatium ei conſtitutum eſt.

Illud non inutiliter hic quæratur, qua forma repetat tutor id quod expendit? duplicem reperio: una eſt per modum exceptionis, ſi directo judicio agat pupillus: altera eſt per modum actionis, ſi non agat. hujus meminit Ulpianus *l.* 1. §. *ult.* utriuſque §. 4. Inde ſunt conſequentia quæ ab Ulpiano traduntur *d. l.* 1. §. 5. 6. *&* 7. ſane pulchra: ſed quia liquent, abſtinebo interpretatione ſupervacua. Petit igitur hac actione tutor ſumptus, & impenſas quas pro pupillo fecit bona fide, ita quod ei abeſt, propter tutelam. An & uſuras? & hoc convenit officio Judicis: patiente actione bonæ fidei: ut dixi *De fænore & uſuris.* ſed quas & quando? de hoc Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. *& ſeqq.* plene & clare.

Altera Rubricæ pars eſt, De utili actione, id eſt, de utili curationis cauſa actione. quam ſuperiore Titulo indicavi eſſe utilem negotiorum geſtorum actionem: de qua Ulpianus *l.* 1. §. 2. *&* 3. *h. t.*

TITULUS V.

De eo qui pro tutore, prove curatore negotia geſſit.

Edictum quod ſub hoc Titulo fuit, ſic concipio: *Si quis pupilli negotia pro tutore geſſit, judicium eo nomine dabo.* Ratio proponendi hujus Edicti eſt in *l.* 1. *pr. h. t.* Senſus ex eodem loco & toto Titulo ultro intelligitur.

TITULUS VI.

Quod falſo tutore auctore geſtum eſſe dicatur.

Hunc Titulum a Triboniano eſſe tranſlatum in alium locum, quam quo eum eſſe voluit Prætor, non eſt, quod dubites. ad hunc certe non pertinet: nam in præſente quærimus actiones quibus ex geſta aut omiſſa tutela pupillo, aut tutori conſulatur. alius ille neque pupillo, neque tutori providet: ſed majori annis viginti quinque qui cum pupillo aliquid geſſit auctore eo, qui non erat tutor. quo in caſu ſecurus eſt pupillus, quippe ſine vero tutore non obligatus. ſed per errorem læſus eſt qui cum pupillo geſſit aliquid; ignorans, falſum eſſe tutorem quo auctore geſtum eſt negotium. quemadmodum autem illi ſubveniendum ſit, propoſitum a Prætore fuit Edictum ſub Titulo, *De in integrum reſtitutionibus.* ac ſi conſideremus Inſcriptiones Legum hujus Tituli quæ ſunt ex Ulpiani & Pauli lib. 12. Ad Edictum; tum verbi Edicti in *l.* 1. §. 1. *&* §. *ult.* apparet, illo tractari unam ex ſex cauſis in integrum reſtitutionis, in Edicto perpetuo a Prætore propoſitis ſub Titulo, *De in integrum reſtitutionibus.* Sed hæc jam demonſtravi ſupra Titulo 1. libri IV. Nunc quod placuit Imperatori, etſi extra propoſitam materiam, ipſum Edictum attingam. Ejus capita ſunt duo. prius ex *d. l.* 1. §. 1. *& ult.* hoc modo reſtituendum: *Quod eo auctore qui tutor non fuerit*, cum pupillo geſtum erit, *ſi id actor ignoravit, dabo in integrum reſtitutionem.* Hujus Edicti æquitas Ulpiano *l.* 1. *h. t.* non videtur ambigua. eſt vero hæc: ne contrahentes decipiantur, dum falſus tutor adhibetur: id eſt, dum adhibetur is qui non fuerit tutor. Sic enim ait Prætor. *Quod eo auctore qui tutor non fuerit, geſtum erit.* Verbis autem Edicti multa deeſſe, obſervat Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *& ſeqq.* nec abs re erit, exempla repræſentare. primum eſt tale in §. 2. Edictum loquitur de eo qui fuit auctor factus, cum non eſſet tutor: ſed non loquitur de eo qui fuit quidem tutor, verum auctoritatem accommodare non potuit, puta furioſus vel ad aliam regionem datus: ita perinde eſt, ac ſi non eſſet tutor. deeſt igitur hoc Edicti verbis. Alius defectus obſervatur in §. 3. ecce: duo tutores contrahenti pupillo fiunt auctores. alter eſt verus, alter falſus. valet contractus, etſi celebratus falſo tutore auctore; quia ſufficit, unum verum eſſe, licet alter falſus ſit. nec hic caſus continetur Edicti verbis. Rurſus pone §. 4. plures intervenere qui non erant tutores: non fuit locutus in plurali numero Prætor. in ſingulari dixit, Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit, geſtum erit. deeſt igitur vel hoc Edicti verbis. Poſtremo in §. 5. ait Ulpianus, ſi pro tutore negotia gerens, auctoritatem accommodaverit; nihilominus hoc Edictum locum habere: quantumvis non attingat caſum, ubi quis pro tutore auctor pupillo eſt factus. Excipit Ulpianus: Niſi forte Prætor decrevit, ratum ſe habiturum id quod his auctoribus geſtum eſt: tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo jure.

Deinde ait Prætor, *Si id actor ignoravit, dabo in integrum reſtitutionem.* Ulpianus *l.* 1. §. *ult. h. t.* Scienti, inquit, non ſubvenit, id eſt, in integrum reſtitutionem non dat Prætor illi qui ſciens, falſum tutorem eſſe a quo interponitur auctoritas, nihilominus cum pupillo contraxit, aliudve geſſit. Et addit Ulpianus, merito: cauſatus, quod non eſt deceptus, ſed ipſe ſe decepit. Promittit igitur Prætor in integrum reſtitutionem; ſi id ac-

tor ignoravit. Plus ait Paulus *l.* 2. Labeonem ſcribere, & ſi dictum ſit ei, & bona fide non crediderit. Quid, ſi is ſit, qui auxilio non indiget? plane negat Ulpianus *l.* 3. ei nocere ſcientiam. cedo exemplum, ut puta, ſi pupillus cum pupillo egit. qua ratione? hanc ſubjicit, Nam cum nihil actum ſit, ſcientia non nocet. Quid ſi ſit minor viginti quinque annis? certum eſt, hunc teneri jure civili: ſed lapſum lubrico ætatis in integrum reſtitui. ſuccurretur igitur ei, etſi ſcierit, auctore Paulo *l.* 4. at non ex hoc Edicto: ſed ex generali Edicto de minoribus. Non ſubſiſtit ad hæc Ulpianus *l.* 5. Verum interdum inquit, & ſi ſcientia noceat, id eſt, etſi alias ſoleat nocere ſcientia; tamen reſtitutio facienda erit. & ponit exemplum, ſi a Prætore compulſus eſt ad judicium accipiendum. quod habet rationem; & eſt ſimilis excuſatio *l.* 6. §. 3. *D. de his qui not. infam.* Si igitur quis cum pupillo aliquid geſſit, auctore eo quem ignorabat eſſe falſum tutorem, parata læſo propter ignorantiam eſt in integrum reſtitutio: ſi vero ſcivit, falſum tutorem eſſe, nocet ei ſcientia. Nec tamen hoc ſemper eſt ſine difficultate: cum poſſit aliquando quæri, cujus ſcientia computanda ſit: utrum pupilli, an tutoris. finge, ut res exemplo intelligatur: pupillus auctore tutore ſuo quid geſſit cum alio pupillo, interveniente auctoritate falſi tutoris, qui eſt caſus *l.* 3. *h. t.* utrius ſcientia computanda eſt, pupilli, an tutoris? eam quæſtionem tractat Paulus *l.* 6. *h. t.* ſed obſcure, ut ſolet, brevitate ſermonis. Principio ſic loquitur: *Pupilli ſcientia computanda non eſt.* nempe, ne ex hoc Edicto accipiat in integrum reſtitutionem. cujus igitur? ſic ait: *Scientia tutoris ejus computanda eſt.* ſenſus Pauli: Si tutor ſcivit, falſum tutorem eſſe cum cujus intervenit auctoritas, poteſt pupillus agere adverſus tutorem ſuum. hoc ei ſuffecerit: maxime, ſi ei ſit cautum ſatiſdatione rem ſalvam fore: nam tum poteſt ſecurus videri. In hunc modum opinor Paulum eſſe initio accipiendum: ſed hanc ſententiam deinde corrigi verbis ſequentibus: *Utique [&] ſi pupillo cautum ſit, melius dicetur rem ſuam reſtitui pupillo, quam incertum cautionis eventum [cum] ſpectare.* Senſus Pauli, Licet permittatur pupillo, cui eſt ſatiſdatione cautum, agere non modo adverſus tutorem, ſed etiam adverſus ejus fidejuſſores, omiſſa ex hoc Edicto reſtitutione in integrum: tamen melius, id eſt, utilius, æquius, dicetur, pupillo rem ſuam, ſive jus ſuum, reſtitui ex hoc Edicto per in integrum reſtitutionem; quam eum agere adverſus fidejuſſorem ex ſatiſdatione, tam incerto ejus eventu. addit Paulus, & Julianum, ſi alias circumventus ſit pupillus, hoc reſpondiſſe, quamquam incognitum non ſit, pupillum hoc in caſu habere electionem *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *Si tutor vel curator intervenerit.*

Alterum Edicti caput ita proditur *l.* 7. *h. t.* *In eum qui cum tutor non eſſet, dolo malo auctor factus eſſe dicitur, judicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur.* In hoc capite proponitur actio in factum, ſi quid ſit cum pupillo geſtum, auctore tutore falſo: & quia non diſtinguitur pupillus, nihil refert, qualis ſit cui falſus ille tutor auctor factus ſit. Ita Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* Verba Ulpiani. *Falſus tutor qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione, propter dolum malum: cujuſcumque conditionis fuerit vel ſui juris vel alieni.* Non hoc ſubſiſtit ſine Ulpianus. plus addit §. 2. *Sed & ſi quis filiæfamilias auctor factus ſit ad contrahendum, tenetur. Idemque juris eſt, ſi ancillæ quis tutore auctore crediderit. Nam omnibus iſtis modis propter tutorem decipitur is qui contraxit, qui aliter cum impubere contracturus non fuit, quam ſi tutoris auctoritas interceſſiſſet.* Hæc ego ſic obiter & leviter. cum cura executus ea belle Jacobus Cujacius *lib.* 22. *Obſerv. c.* 20. tu vide: & juvabit vidiſſe. Proponitur igitur hoc capite (eo enim redeo) actio in factum, ſi aliquid ſit cum pupillo falſo tutore auctore geſtum. non tamen alias, quam ſi pupillo ſit auctor dolo malo factus. ſic enim obſervat Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. *h. t.* Verba Ulpiani: *Non ſemper tutor convenitur; nec ſufficit, ſi ſciens auctor fuit, verum ita demum ſi dolo malo auctor fuit. Quid, ſi compulſus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit?* Interrogatio ſine reſponſione facta, perinde accipienda, quaſi ſubjecta eſſet reſponſio: ut alias ſæpe.

Datur porro hæc actio ei qui læſus eſt dolo malo ejus qui auctor factus eſt, cum non eſſet tutor.

Adverſus quem? adverſus eum qui auctoritatem dolo malo adcommodavit *l.* 11. §. 1. *h. t.* An etiam adverſus pupillum? poſſit alicui videri propter *l.* 10. *d. t.* ſed non placet Jacobo Cujacio *lib.* 22. *Obſerv. c.* 19. eum locum more ſuo erudite interpretanti. Cæterum hujus actionis exemplo Pomponius apud Ulpianum *l.* 9. *d. t.* ſcribit, dandam actionem adverſus eum qui dolum malum adhibuit, ut alius auctoraretur inſcius *l.* 9. *h. t.*

Supereſt, ad quid detur hæc in factum actio. Prætor ſic ait, *Quanti ea res erit.* His autem verbis utrum pœnam deſignat, an veritatem? Ulpianus *l.* 7. §. 2. Magis puto, inquit, non pœnam, ſed veritatem his verbis contineri. Pomponius autem apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 3. addit, etiam ſumptuum in hoc judicio rationem haberi quos facturus ſit actor reſtitutionis judicio. Eſt igitur hæc actio non pœnalis, ſed rei perſecutoria, utique ex parte actoris, §. 2. *d. l.* 7. enimvero ex parte rei quo minus pœnalis ſit, id non obſtat: & ideo heredibus quidem datur, ſed adverſus heredes non datur. Optime Ulpianus *l.* 9. §. 1. *h. t.* *Has in factum actiones heredibus*

dibus quidem competere cæteriſque ſucceſſoribus, in eos vero non reddi Labeo ſcribit: nec in ipſum poſt annum: quoniam & factum puniunt, & in dolum concipiuntur: & adverſus eas perſonas quæ alieno juri ſubjectæ ſunt, noxales erunt. Notavi ſimilia ad Titulum *De eo per quem factum erit.*

TITULUS VII.

De fidejuſſoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum.

Partes Rubricæ duæ ſunt: una de fidejuſſoribus & nominatoribus tutorum: altera de eorum heredibus. prior pars indicat, actionem pupillo dari non modo adverſus tutorem de quo dictum ſupra; ſed etiam adverſus ejus fidejuſſores. fuitque horum ſpecialiter facienda mentio: occurrente in his ſingulari jure, quod in aliis fidejuſſoribus non obtinet. nam cum cæteri fidejuſſores jure civili non teneantur, niſi interveniente ſtipulatione: in tutorum fidejuſſoribus nihil refert; utrum ſtipulatione ſint obligati, an nudo conſenſu. utique, ſi a tutoribus nominati præſentes fuerint, & non contradixerint, & nomina ſua in acta publica referri paſſi ſint; perinde tenentur, atque ſi ſtipulatio jure legitimo interpoſita fuiſſet. Eadem cauſa videtur adfirmatorum: qui ſeilicet, cum idoneos eſſe tutores adfirmaverint, fidejuſſorum vicem ſuſtinent *l.* 4. §. 3. *D. h. t.*

Vim hujus fidejuſſionis quærentibus: ait Ulpianus *l.* 4. §. 6. *D. Rem pupilli ſalv. fore*, generaliter eſſe ſeiendum, ex quibus cauſis diximus tutelæ agi non poſſe, ex iiſdem cauſis nec ex ſtipulatu rem ſalvam fore agi poſſe, dicendum eſſe. Et eſt ratio optima: quod cum fidejuſſore non agitur ex perſona ſua, ſed ex perſona tutoris pro quo fidejuſſit *l.* 6. *h. t.* Inde non male Paulus *l.* 5. *D. h. t.* quod ſi cum fidejuſſoribus tutoris ex ſtipulatione rem ſalvam fore agetur, eaſdem habebunt reputationes quas tutor. Ab eodem fonte ſeribit Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* conſtare, etiam fidejuſſorem & heredes fidejuſſoris eſſe revocandos ad eamdem uſurarum rationem ad quam & rutor revocatur. Africanus *l.* 10. *D. Rem pupill. ſalv. for.* idem de fructibus cenſet. De cætero reſpondit Paulus *l.* 46. §. 4. *D. de admin. & peric. tutor.* propter ea quæ poſt pubertatem, nulla neceſſitate cogente, ſed ex voluntate ſua tutor adminiſtravit, fidejuſſorem qui ſalvam rem fore cavit, non teneri. Illud nec ego præteribo: quod ſi unus tutor plures dederit fidejuſſores, licet omnes ſolvendo ſint; inter eos ceſſat beneficium diviſionis, alioquin ſolitum pluribus ejuſdem debitoris confidejuſſoribus ex Epiſtola D. Hadriani concedi. quamquam ſicut placuit, hoc in uno in ſolidum obſervari: ita viſum eſt, huic ſic convento a pupillo cedi actiones adverſus reliquos ejus confidejuſſores: ut quod ultra ſuam portionem ſolvit, ab illis recipiat. Profecto juſte. Non tamen ſine difficultate quam ita proponit, & diſſolvit Papinianus *l. ult. D. eod. tit.* verba Papiniani: *Si plures fidejuſſores a tutore pupillo dati ſunt, non eſſe eum diſtringendum, ſed in unum dandam actionem: ita ut ei qui conveniretur, actiones præſtarentur. nec quiſquam putaverit ab jure diſceſſum: poſtquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam adminiſtraverunt: & ita demum in ſolidum, ſi res a cæteris non ſervetur, & idonea culpa detegatur, quod ſuſpectum facere ſuperſederit. nam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris deſideraſſe. Cæterum fidejuſſores civiliter in ſolidum obligati, cæteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare poſſunt: pupillo vero agente, qui non ipſe contraxit, ſed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere viſum eſt; ne ex una tutelæ cauſa plures ac variæ quæſtiones apud diverſos judices conſtituerentur.* Pupillo dati ſunt ab uno tutore plures fidejuſſores. quid juris pupillo adverſus eos finita tutela acturo? Papiniani ſententia eſt, unum ex pluribus a pupillo conveniri poſſe in ſolidum, & conventum in ſolidum condemnari; nempe quia inter eos ceſſat beneficium diviſionis ex Epiſtola D. Hadriani. Video, inquis. at qui poteſt: poſtquam placuit, tutores tantum pro hac condemnari parte, quam adminiſtrarunt: & ita demum in ſolidum, ſi res a cæteris ſervari nequeat: & tutoris idonei (Florentiæ legitur., *idonea:* ſed ſenſus poſtulat, *idonei:* idque etiam ſuadent Græci *Baſilic. lib.* 38. *tit.* xɪ. *tom.* 5. *p.* 177. transferentes, *idoneorum*) &, inquam, tutoris idonei culpa detegatur; quod ſuſpectum facere ſuperſederit. Sic obtinuiſſe, præter Papinianum in hoc loco etiam docui ipſe ſupra ſub Titulo, *De tutel. & rat. diſtrab.* Id vero poſtquam eſt in tutoribus receptum: quomodo poteſt inde recedi in fidejuſſoribus? qui non debent accipi in duriorem cauſam, quam ipſi tenentur tutores. Sed obſervate reſpondet Papinianus, æquitatem arbitri atque offieinm viri boni, volente quodammodo neceſſitate, eam juris formam deſideraſſe: ſi unus proponatur tutor, ut in præſenti, ipſe in ſolidum obligatus, & plures dediſſe fidejuſſores. nam ut ſit regulariter juſtum, fidejuſſores civiliter aliis ſeientibus & volentibus ſtipulatione obligatos, his agentibus impetrare, ut dividatur actio, cum reliqui ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ: tamen quod in cæteris æquum eſt: pupillo agente, qui non ipſe contraxit volens & ſciens: verum obligatione quaſi ex con-

Digitized by Google

tractu in tutorem incidit, ac per eum in fidejuſſores, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere: eo magis; quia ex una tutelæ cauſa quæ apud unum Judicem uno tutelæ judicio expediretur in ſolidum: beneficio diviſionis admiſſo in favorem conventi fidejuſſoris, plures quæſtiones apud diverſos Judices conſtituerentur: quando non, ut plures tutores in *l. 2. D. de quib. reb. ad eumd. Judic. eat. & l. 5. C. Arbitr. tutel.* ita plures fidejuſſores ad eumdem Judicem mittuntur.

Ne igitur diſtringatur pupillus; eſt hoc juris, datis ab uno tutore pluribus fidejuſſoribus. Sed fac: plures eſſe tutores; pluresque ab his datos fidejuſſores, a ſingulis ſingulos: quid dicemus? jam aliud eſſe, quia ſi plures tutores, inter quos locum habeat beneficium diviſionis, ſinguli ſingulos dederunt fidejuſſores: oportet unumquemque fidejuſſorem conventum, ut ſolet, ex perſona tutoris, habere diviſionis beneficium: ſicut hoc ipſi haberent tutores a pupillo conventi: nempe, quia non ſuo conveniuntur nomine, ſed, ut dixi, ex perſona tutorum; nec adeo debet fidejuſſor in deteriorem cauſam eſſe acceptus, quam tutor, reus principalis. quod jura non ferunt. Huc me ducunt ſequentia verba *l. 6. h. t. Pupillus contra tutores, eorumque fidejuſſores, judicem accepit: judice defuncto, prius quam ad eum iretur, contra ſolos fidejuſſores alter judex datus eſt: officio cognoſcentis conveniet, ſi tutores ſolvendo ſint, & adminiſtratio non diſpar, ſed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex perſona tutorum.* Species: Pupillus finita tutela a Prætore petiit Judicem partim contra tutores, partim contra fidejuſſores. Sic potuit fieri ante *Novell*, 4. poſt eam non poteſt pupillus a fidejuſſoribus incipere, ne pro parte quidem. ſed prius debet reum principalem excutere; eoque excuſſo demum venire adverſus fidejuſſores. ſed ante hanc Novellam aliter fuit. nam tum potuit creditor, prout vellet, initium facere vel a tutoribus, vel a fidejuſſoribus in ſolidum: vel adverſus hos & illos pro parte: ut eſt videre in *l. 1. C. h. t. l. 3. §. 1. D. de duob. reis*, & ſic factum in *d. l. 6.* cæterum petito conſtitutoque a Prætore judicio, mortuus eſt, antequam adiretur, Judex: & cum de more alius eſſet a Prætore ſubſtituendus, ne liti fieret impedimentum *l. pen. C. de pedan. judic.* pupillus Judicem jam non ut ante petiit partim adverſus tutores, partim adverſus fidejuſſores; ſed omiſſis tutoribus, adverſus fidejuſſores ſolos. id quidem poſt litem conteſtatam facta novatione non licebat aliis; niſi ex decreto Prætoris cauſa cognita: ut oſtendi ſub Titulo, *De edendo*. ſed facilius pupillo permiſſum fuit: ſicut licet illi propter ætatem jura ignorare, ut ſub Titulo *De jur. & fact. ignor.* traditum. Omiſſis igitur tutoribus, pupillus petiit a Prætore Judicem adverſus ſolos fidejuſſores. Quid inde? convenit officio cognoſcentis, id eſt, dati Judicis, ſi tutores ſolvendo ſunt, & adminiſtratio non diſpar, ſed communis fuit, in perſonis fidejuſſorum admittere rationem portionum virilium: ſicut eam admitteret, ſi ipſi conventi eſſent tutores. ſed jam dixi, quod fidejuſſores non proprio nomine conveniuntur, verum ex perſona tutorum; nec debent, quamquam diverſis actionibus conventi, in duriorem cauſam obligati cenſeri *l. 6. & 7. h. t.*

In poſteriore Rubricæ parte, quæ eſt de heredibus tutorum & curatorum, duplex venit conſideratio: una, quomodo heres ex facto proprio teneatur actione tutelæ. & eſt ratio ejus quæſtionis: quod ut tutoris heres non ſit tutor; debent tamen per defunctum inchoata per heredem legitimæ ætatis & maſculum explicari; ac ſi ea gerere perſeveraverit, in his poteſt ejus dolus admitti: nec iniquum eſt, eum ſuo nomine de dolo ſuo teneri: de culpa vero non alia, quam lata quæ eſt dolo proxima *l. 1. l. 4. pr. D. h. t.* ſic enim accipio hoc Ulpiani *ibidem* §. 1. *Negligentia plane propria heredi non imputabitur*: nam ſenſus indefinitæ locutionis eſt, negligentiam plane propriam heredi non omnem imputari: eumque etiam obſervavi Titulo ſequente in *l. 4.* Habet autem, quod in præſenti ait Ulpianus, rationem: propterea, quod dolum, ut eſt delictum a ſciente admiſſum, a pœna vacuum eſſe non oportet. cæterum culpa ſive negligentia eſt error: qui veniam hic eo juſtius invenit; quod heres plerumque putat quæ agit, eſſe ſua; in quibus illi negligentem eſſe licet §. 5. *l. 24. D. Soluto matrimonio.*

Altera quæſtio eſt: quomodo heres de tutoris facto teneatur? præbet quæſtioni cauſam, quod Ulpianus *l. 1. §. 16. D. de tut. & rat. diſtr.* ait, conſtare, actionem tutelæ etiam dari adverſus heredem tutoris. tutor autem hac actione tenetur de dolo, ac culpa lata & levi. videtur igitur ejus heres quoque ea de dolo, culpa lata & levi teneri: maxime cum ea actio ſit rei perſecutoria quaſi ex contractu, in quo heres defunctum repræſentat certo jure. Sed ſi id placet: quid opus fuit proprio Titulo, De heredibus tutorum & curatorum. Melius igitur videatur, & in hac parte dici pro cauſa novi Tituli: quod aliud in tutore, aliud in ejus herede, obſervatur. atque ita eſt: tutor ipſe tam de levi, quam de lata, culpa tenetur: ſed heres tantum de ejus culpa lata; non etiam de levi tenetur: nimirum, ut ipſe tutor æque de levi ac de lata culpa teneatur: unus & providus ſuaſit pupilli favor: qui ſi non intercederet, ne tutor quidem deberet ex ſua adminiſtratione, ad ſolius pupilli utilitatem reſpiciente, aliter quam de dolo & lata culpa obligari: hoc magis, quod ad eam venit invitus & coactus neceſſitate muneris publici.

At

At e diverſo fuit æquitatis; ne heres tutoris de ejus levi culpa teneatur. primum quia pleraque ignorat. deinde eſt ad heredem ex defuncti adminiſtratione nihil lucri perventurum. Atqui heres in aliis contractibus ex defuncti levi culpa tenetur. Nempe, quia plerique habent propoſitum lucri: certe omnes ſunt voluntarii. ſola invito defertur tutela & cura. etiam hæc, ut dixi, conſtat adminiſtratione, nullam habente utilitatis contemplationem. Eſt igitur alia tutoris, alia heredis ratio. ille tenetur de dolo, culpa lata & levi. hic tantum de illius dolo, & culpa lata *l.* 4. *D. de magiſtratibus conveniendis.* Hac ratione poſſet & de dolo ac lata culpa dubitari. Sed apud Paulum *l.* 49. *D. de obligationibus & actionibus* eſt certa juris regula, *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque verſetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit.* Eodem modo Pomponius *l.* 12. *D. eod. tit. Ex depoſiti,* inquit, *& mandati, & commodati, & tutelæ, & negotiorum geſtorum, ob dolum malum defuncti heres in ſolidum tenetur.* Non auderem regulæ adjicere exceptionem, infinito utriuſque ſermone: niſi ipſe teſtaretur Paulus *l. ult.* §. 1. *D. h. t.* eſſe circa tutoris dolum cui lata comparatur culpa, heredis ignorantiæ Principum Conſtitutionibus ſubventum. Non nominat eas Paulus: ſed probabile eſt, indigitare Conſtitutionem Severi & Antonini quæ in *l.* 1. *C. de heredib. tutor.* legitur hoc modo. *Heredes tutorum ob negligentiam quæ* non latæ culpæ *comparari poſſit, condemnari non oportet, ſi non contra tutorem lis inchoata eſt, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præſtitum ſit.* Sic editur: ſed Græci *lib.* 38. *Baſilic. tit.* 7. *tom.* 5. *pag.* 104. ſuadent reſtitui, *Heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari poſſit, condemnari non oportet, ſi,* & reliqua. Senſus: Quod tutoris heres ob negligentiam quæ poſſit latæ culpæ comparari, ante quidem ſolitus fuit condemnari ex regula juris: ſed viſum eſt Imperatoribus, eum non oportere ob talem culpam condemnari: præterquam in tribus caſibus. Primus eſt, ſi lis eſt contra tutorem inchoata. Paulus *d. l. ult.* §. 1. ſic exprimit. *Hoc tamen tunc obſervandum eſt, cum poſt mortem tutoris heres conveniatur, non ſi lite conteſtata tutor deceſſerit.* & pro ratione ſubjicit: Nam *litis conteſtatione & pœnales actiones tranſmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.* Alter caſus eſt, Si ex damno pupilli lucrum captatum ſit. æque juſte: quia tale lucrum heredi merito extorquetur *l.* 38. *D. de regulis juris.* Poſtremus caſus eſt, Si gratia præſtitum ſit. id eſt, ſi amico ſuo tutor ex pupilli rebus aliquid donaverit: nam & ſic quodammodo locupletior factus intelligitur *l.* 54. §. 1. *D. de furtis.*

TITULUS VIII.

De Magiſtratibus conveniendis.

Superioribus Titulis indicavi remedia quibus ad ſuum perveniant minores a tutoribus aut curatoribus læſi. quæ ſi non ſufficiant, eis hoc Titulo ſubvenitur actione ſubſidiaria: ſic vocata, quia minoribus ultimum adfert præſidium §. 2. *Inſt. de ſatiſd. tut.* eſt alioquin eadem quæ competit in tutorem *l. ult. D. h. t.* id eſt, tutelæ: ſed utilis *l.* 1. *pr. D. l.* 1. *l.* 5. *C. h. t.* tenet enim Magiſtratum municipalem: non quod tutelam attigit, aut neglexit; ſed quod a tutoribus quos dedit, non petiit idoneos fidejuſſores, rem pupilli ſalvam fore; ideoque actione tutelæ directa quæ de ea re non loquitur, conveniri non poteſt. cum tamen æquum eſſet, pupillo etiam hac in ſpecie conſuli aliqua actione, nec oſtenderetur alia: placuit Senatui, auctore D. Trajano, exemplo directæ tutelæ actionis indulgere utilem *l.* 2. *D. & l.* 5. *C. h. t.*

Eſt autem ei, ut cœpi dicere, locus: ſi Magiſtratus municipalis, cum daret tutorem aut curatorem, non exegerit fidejuſſores, aut exegerit quidem, ſed non idoneos *d.* §. 2. *Inſt.* Quid, ſi ab initio tutorem dedit idoneum, & non ſatis exegit? negat Ulpianus ſufficere *l.* 1. §. 11. *D. h. t.* nempe, quia non, ut debuit, exegit ſatis: & tutor qui nunc eſt idoneus, cras poteſt deſinere talis eſſe; tam incertis rebus humanis. Contra finge, eum, cum tutores daret, ſatis exegiſſe, & idonee, ſed poſtea facultatibus lapſos eſſe tutores vel fidejuſſores. nihil eſt quod imputetur ei qui tutorem dedit; & functus, ut debuit, officio ſuo. ſane non eſt rationis, Magiſtratus futuros caſus & fortunam pupillo præſtare *d. l.* 1. §. 11. Æque dicemus, ſi ſatis non exegit Magiſtratus, verum tutor eo tempore, quo tutelæ agi poteſt, id eſt, finita tutela, fuerit idoneus, & hoc ſufficere *d. l.* 1. §. 12. videlicet, quia non fuit cauſa actionis, ubi integra fuit pupilli cauſa, & in nulla parte læſa. ſecuta vero curatorum ceſſatio Magiſtratui obeſſe non debet *l.* 53. *D. de admin. tutor.* Interim quærentibus, cui incumbat probatio, ſi dubitetur, utrum idoneus fuerit tutor aut fidejuſſor; an non? Ulpianus *d. l.* 1. §. 13. ſic reſpondet: *Probatio non pupillo incumbit, ut doceat, fidejuſſores ſolvendo non fuiſſe, cum acciperentur: ſed Magiſtratibus, ut doceant, eos ſolvendo fuiſſe.* Et recte: quando probatio non incumbit ei qui negat, ſed qui dicit: ut obſervatum ſub Titulo *De probationibus.* Introducta igitur ſubſidiaria actio a Senatu

natu eſt; ſi Magiſtratus qui tutorem dedit, non exegerit idoneam ſatiſdationem. quomodo autem exigere eam debeat, docet Ulpianus *l.* 1. §. 15. *&* 16. *D. h. t. & l.* 2. 3. 4. *D. Rem pupil. vel adoleſc. ſalv. for.*

Poſtquam dixi, quando competat actio ſubſidiaria: quæris, cui danda ſit? & apparet, dari pupillo: cujus cauſa eſt a Senatu inventa *l.* 2. *D. h. t.* Datur tamen & heredibus ejus *l.* 1. §. 4. *d. t.* quia, ut dixi, datur exemplo actionis tutelæ directæ, æque heredibus, ac pupillo competentis. De tutore videamus. fac: tutor pro contutore ſolvit ſolidum: hic inops deceſſit. Paulus *l.* 2. *D. h. t.* reſpondit, cum pupillo a tutore ſit ſatis factum, neque pupillum ad Magiſtratus redire poſſe, neque tutorem: & addit porro, quod numquam tutor adverſus Magiſtratum habet actionem: cauſatur vero, Senatuſconſultum pupillo ſubvenire, id eſt, tantum de pupillo loqui: & eſſe ſerviendum Senatuſconſulto; præſertim cum eſt, quod tutori imputetur, quod ſatis a contutore non accepit, vel ſuſpectum non fecit, ſi ſcit, Magiſtratibus eum non caviſſe. Quid, ſi tutor ab hac parte culpa vacet? Senatuſconſultum ſpectantibus, idem foret dicendum. ſed Julianus *l.* 3. *D. h. t.* ait, non fore iniquum, adverſus Magiſtratus actionem ei dari. Similis quæſtio eſt in *l.* 5. *D. h. t.* Proponuntur ibi duo tutores partiti inter ſe eſſe adminiſtrationem tutelæ. alter ſine herede deceſſit. quæſitum eſſe dicit Julianus, in Magiſtratum qui non curaſſet, ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet? ipſe vero reſpondit, æquius eſſe, in alterum tutorem dari, quam in Magiſtratum: debuiſſe enim eum, cum ſciret, pupillo cautum non eſſe, univerſa negotia curare. & in ea parte, quam alteri tutori commiſiſſet, ſimilem eſſe ei qui ad adminiſtrationem quorumdam negotiorum pupilli non acceſſiſſet. nam etſi aliquam partem negotiorum pupilli adminiſtraverit, teneri etiam ob rem quam non geſſit, cum gerere deberet.

Intellecto, cui detur ſubſidiaria a Senatu actio: primum eſt ſcire, adverſus quem detur. fuit autem Senatui conſilium, eam dare adverſus Magiſtratum: qui cum tutorem daret, non exegit ſatiſdationem, rem pupilli ſalvam fore, aut exegit aliquam, ſed non idoneam. is vero Magiſtratus eſt municipalis. Prætor certe aut quis alius cui tutoris dandi jus eſt, id eſt, cui directo tutoris dandi jus eſt, ſi tutorem dedit, hac actione non tenebitur *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* §. *ult. Inſt. de ſatiſd. tutor.* quia tutorem ſuo jure dat ex inquiſitione: ac, cum ejus fides cedat pro vinculo ſatiſdationis, idoneum dediſſe videtur: datus vero ſatiſdatione non oneratur *pr. Inſt. d. t.* Contra eſt in Magiſtratu municipali: nam hic tutorem dat, non directo, ſed demum a Prætore juſſus, & ſolet cautionem exigere §. *ult. Inſt. d. t.* quia tutorem dat ſine inquiſitione. Datur igitur a Senatu ſubſidiaria actio adverſus municipalem Magiſtratum qui tutorem dedit, aut non exacta ſatiſdatione, aut non idonea. Inde quæſitum fuit, quid juris ſit; ſi Magiſtratus municipalis non dedit tutorem, ſed Præſes provinciæ eum Magiſtratum tantum voluit de facultatibus tutorum denunciare, ut ipſe daret? potuit dubitari: & commode Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. ait, extare D. Marci Reſcriptum quo voluit, eos qui Præſidi renunciant, non perinde teneri, atque ſi ipſi dediſſent: niſi ſi deceperunt Prætorem, gratia forte aut pecunia falſa renunciantes. plane addit Ulpianus, ſi Præſes provinciæ ſatia eos exigere juſſit; teneri eos, etiamſi Præſes dederit. Similia occurrunt in §. 3. *&* 5. *d. l.* 1. quæ non excutio, quia ex ſuperioribus facile intelliguntur. Potius dicam, quod plus obſervat Ulpianus §. 6. Magiſtratibus etiam imputari, ſi omnino datus non ſit tutor vel curator: ſed ita demum, ſi moniti non dederint: nec ambigi, quin damnum quod impuberes vel adoleſcentes medio tempore paſſi ſunt, ad eos pertineat Magiſtratus, qui munere mandato non paruerunt. Similiter ſciendum eſſe ait Ulpianus §. 7. ſi Magiſtratus municipales data opera tutelam diſtulerint in ſucceſſores ſuos, vel ſi ſatiſdationem data opera traxerint, quoad ſucceſſores accipiant, nihil eis prodeſſe. Poſtremo ait Ulpianus §. 8. D. Hadrianum reſcripſiſſe, etiam in eum qui electus eſt ad æſtimandas tutorum ſatiſdationes actionem dandam.

At ſubſidiaria actio ſicut adverſus Magiſtratum, ſic adverſus heredes quoque ejus datur: quamquam non eodem plane modo quo ipſi tenentur. nam nec heres tutoris, ut ipſe tutor, tenetur. tutor enim de dolo, & culpa lata ac levi tenetur: at heres tutoris non tenetur negligentiæ nomine, id eſt, cujuſcumque negligentiæ, ſive non levis negligentiæ, nomine. ſimiliter ſuccedit quidem Magiſtratus in omne periculum quod ſubit tutor: ſed heres ipſius dolo proximæ culpæ ſuccedaneus eſt *l.* 4. *D. h. t.* ita quod ad heredem Magiſtratus attinet, ait Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* extare D. Pii Reſcriptum, cauſa cognita debere dari actionem: & cum quæri poſſet, quid in cauſæ cognitione verſetur; ſubjicit, Magiſtratum, ſi tanta fuit ejus negligentia, ut omnem cautionem omitteret, æquum eſſe, haberi eum loco fidejuſſoris, ut & heres ejus teneatur: ſi vero cavit, & tunc idonei fuerunt, & poſtea deſierunt, ſicut [&] ipſe Magiſtratus probe recuſaret hanc actionem, ita & heredem multo juſtius. Noviſſime ait, non alias in heredem dandam hanc actionem, quam ſi evidenter Magiſtratus cum minus idoneis fidejuſſoribus contrahunt.

Incidit hic & illa inſpectio: ſi filiusfamilias fuit Magiſtratus, & caveri pupillo non cura-

curaverit, aut non idonëe cautum ſit culpa ejus: an & quatenus in patrem ejus actio danda ſit. Primum ait Ulpianus, Julianum ſequutus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* in patrem dandam de peculio actionem: ſive voluntate ejus filius Decurio factus ſit, ſive non. Deinde hanc ſubjicit rationem: Nam & ſi voluntate patris Magiſtratum adminiſtravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri: quaſi rempublicam ſalvam ſolam fore promittat qui dat voluntatem, ut ut filius Decurio fiat. Sic hic Ulpianus: in eumque ſenſum etiam ex ſententia Papiniani alibi reſpondit *l.* 3. §. *ult. D. de pecul.* Obſtat tamen *l.* 1. *C. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* Sed huic occurrit D. Cujacius *lib.* 13. *Obſerv. c.* 34.

Similis labor eſt, an in Ordinem Decurionum danda ſit ſubſidiaria actio. Et Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* ita ſcribit: In Ordinem ſubſidiaria actio non dabitur, ſed in Magiſtratus. An in fidejuſſores eorum dabitur? Et hoc negat Ulpianus *d. l.* præfatus, quod hi rempublicam ſalvam fore promittunt, non pupilli. Proinde (ſic pergit) nec nominatores Magiſtratuum ex hac cauſa tenebuntur, ſed ſoli Magiſtratus: puto, quia de his ſolis locutus fuit Senatus. Quid, ſi Ordo receperit in ſe periculum? hic placet Ulpiano, æquum eſſe, teneri eos qui præſentes fuerunt: qua ratione? quia parvi refert, nominaverint vel fidejuſſerint, an in ſe periculum receperint. Ait ergo, utilem in eos actionem competere. cæterum ſi a Magiſtratibus tutor datus ſit, non videri per Ordinem electum.

Reliquum eſt, ut tractemus, quid petat ſubſidiaria actio? Et cum dictum ſit in antecesſum, eam competere exemplo actionis tutelæ directæ, & re vera eſſe utilem tutelæ actionem: verius eſt, ad id dari, ad quod actionem tutelæ dari, ſupra diximus: hoc eſt, ad præſtationem ejus quod pupillo ex tutelæ adminiſtratione debetur: huc enim exit tutelæ actio. ita quatenus attinet ad ſortem. ſed de uſuris quid dicemus: videtur enim de his fuiſſe dubitatum; eo quod eſt conſtitutum, pœnarum uſuras peti non poſſe. Sed Ulpianus *l. ult. D. h. t.* reſcriptum eſt, inquit, a D. Severo & Antonino, & uſuras peti poſſe: hac adjecta ratione, quoniam eadem in Magiſtratibus actio datur quæ competit in tutores.

Tenetur igitur Magiſtratus eo modo quo tenetur tutor, id eſt, in ſolidum. ſi quidem unus ſit. ſed quid ſi plures ſint? jam omnes tenentur. utrum pro virili portione, an eſt optio ejus qui pupillus fuit, cum quo potiſſimum agat? Celſus *l.* 7. *D. h. t.* ſic reſpondit, Si dolo fecerunt Magiſtratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda in ſolidum eſt: ſin culpa dumtaxat eorum, neque dolo malo id factum eſt, æquius eſſe exiſtimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo ſalva res ſit.

Oſtendi, quemadmodum exercenda a pupillo ſit ſubſidiaria tutelæ actio, & quis ſit ejus exitus. adhuc quæritur, an privilegium quod habet pupillus in bonis tutoris, ei quoque competat in bonis Magiſtratus? Sed negat Ulpianus *l.* 1. §. 14. *h. t.* Privilegium, inquiens, in bonis Magiſtratus pupillus non habet, ſed cum cæteris creditoribus partem habiturus eſt.

TITULUS IX.

De rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt, ſine decreto non alienandis vel ſupponendis.

Ratio connectendi hujus Tituli cum ſuperioribus eſt: quod poſt varias actiones, pupillis & adultis adverſus tutores & curatores alioſque conceſſas, hic poſtremo eis permittitur actio adverſus emptores, res eorum perperam ſine decreto alienatas poſſidentes. id ut intelligatur, ſciendum eſt, placuiſſe D. Severo Oratione in Senatu habita, mox ſecuto Senatuſconſulto, (unde ea Oratio & Senatuſconſultum dicitur; *l.* 15. *C. h. t.*) tutorem vel curatorem, poſt confectum inventarium bonorum & inſtrumentorum pupilli vel adoleſcentis, omnia auctionari eorum bona: exceptis prædiis & mancipiis ruſticis vel ſuburbanis: quæ ſine decreto Prætoris vel Præſidis ab eis alienari prohibentur *l.* 22. *C. de adminiſtr. tutor.* cæteris vero venditis; pecuniam inde redactam deponere ad prædiorum comparationem, vel fœnori collocare; ſalva ubique voluntate parentis qui bona reliquit. Pars Orationis quæ huc facit, hoc modo refertur apud Ulpianum *l.* 1. *pr.* §. 1. *& 2. D. h. t.* Imperatoris Severi Oratione prohibiti ſunt tutores & curatores prædia ruſtica vel ſuburbana diſtrahere. quæ Oratio in Senatu recitata eſt, Tertyllo & Clemente Conſulibus, (quorum etiam mentio apud Gruterum *Inſcriptione* 4. *pag.* 1027.) Idibus Juniis. Et ſunt verba ejus hujuſmodi: *Præterea, Patres Conſcripti, interdicam tutoribus & curatoribus, ne prædia ruſtica vel ſuburbana diſtrahant: niſi ut id fieret, parentes teſtamento vel codicillis caverint. Quod ſi forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non poſſit exſolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clariſſimus adeatur, qui pro ſua religione æſtimet quæ poſſint alienari obligarive debeant: manente pupillo actione, ſi poſtea potuerit probari, obreptum eſſe Prætori.*

tori. Si communis res erit, & ſocius ad diviſionem provocet, aut ſi creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur, nihil novandum cenſeo.

Ait Oratio: *Interdicam tutoribus & curatoribus.* Ante hanc Orationem habebat tutor & curator jus vendendi omnes pupilli aut minoris res, cum mobiles, tum immobiles; & valebat facta venditio *l.* 8. §. 1. *D. h. t.* idcirco quod tutor & curator, quatenus ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l. 27. D. de adminiſtr. tutor.* Sed cum infinita illa alienandi facultas minoribus eſſet periculoſa, recte & ordine exiſtimavit D. Severus, id quod hac in parte non videbatur e re pupilli aut minoris eſſe, tutoribus & curatoribus hac Oratione eſſe interdicendum: & ſi quid contra factum ſit, hoc pro nullo haberi oportere: ut poſt dicetur. Sed Oratio cum alienationem interdicit *tutoribus & curatoribus:* non diſtinguit tutores & curatores. proinde non refert ejus quales ſint: nec abſurde dicemus, alienationem tutoribus & curatoribus omnibus ſine diſcrimine interdicere. Quid, ſi pater aut parens ſit liberis emancipatis tutor? (is eſt caſus *l. 3. C. h. t.*) vel ab eo, ſi velit obligare, adiri Prætorem oportet: ſub hoc tamen temperamento, ut pronior ſit Prætor ad conſentiendum patri *l. 7. §. 2. D. h. t.* Plane Oratio, etſi indiſtincte nominat tutores & curatores; viſa tamen, verba ſpectantibus, proprie quidem minorum curatores intelligere: quaſi id ſit conjunctioni tutorum & curatorum conſequens: ſed nihilominus, quod eſt eadem ratio in furioſorum & prodigorum curatoribus, quæ eſt in curatoribus minorum: credidit Ulpianus, quod Orationi deeſt, ejus ſententia ſuppleri *l. 8. §. 1. & l. 11. D. h. t.* Cæterum qui neque tutores neque curatores ſunt ipſo jure, ſed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore, eos non poſſe diſtrahere res pupillorum vel adoleſcentium, nulla dubitatio eſt *d. l. 8. D. h. t.*

Deinde addit Oratio, ſe interdicturam tutoribus & curatoribus, *Ne prædia ruſtica vel ſuburbana diſtrahant.* Sermo omnis eſt de prædiis ruſticis & ſuburbanis. de urbanis nullus. ſervat igitur Oratio in his jus vetus: nec eſt dubium, quo minus iſta adhuc poſt hanc Orationem vendi poſſint *l. 11. §. 5. D. de minoribus.* optima, ut tum videbatur, ratione differentiæ: ea ratio erat; quod ruſtica prædia habent plerumque majores ac certiores reditus, quam urbana. præterea non ſunt tot caſibus ac ſumptibus obnoxia. Quæ porro Oratio dicat ruſtica, quæque urbana, prædia, definit Ulpianus *l. 198. D. de verbor. ſignific.* eſt enim ex ejus lib. 2. De omnibus tribunalibus: ex quo etiam *l. 6. & l. 8.* hujus Tituli. Putat autem Ulpianus, urbana & ruſtica prædia non loco diſtingui, ſed materia: id eſt, utendi genere *l. 166. D. eod. tit.* vel qualitate: ſic dicitur *l. 16. C. de præd. min. ſin. decret. non alien.* ac pro iiſdem ſumuntur materia & qualitas *l. 11. l. 14. D. de contrah. empt.* poteſt igitur urbanum prædium ruri, & ruſticum in urbe, reperiri: ut horti, ſtabuli, & meritoriorum exemplo obſervat Ulpianus. Scio, eſſe aliquibus moleſtum, quod apud Neratium *l. 4. §. 1. D. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* ſtabula & cætera quæ non ſunt in continentibus ædificiis, magis ruſtica dicuntur, quam urbana. nec forte immerito primo adſpectu. Sed me liberat neceſſitate ſolvendi difficultatem; quod apparet, ipſum quidem primum a loco ſumpſiſſe cauſam dubitandi: ſed interim a materia & genere mox definitionem petiiſſe.

Vetat igitur Oratio, diſtrahi prædium ruſticum vel ſuburbanum, præſertim utile & fœcundum. ſed finge, eſſe infructuoſum, aut ſterile, ſaxoſum, aut peſtilens. Forſan dices, ceſſare Orationem; & hoc exigere pupilli & minoris utilitatem. certe apud Columellam, *De re ruſtica, lib. 1. c. 3. Porcius Cato cenſebat, in emendo agro præcipue duo eſſe conſideranda, ſalubritatem cœli & ubertatem loci: quorum ſi alterum deeſſet, ac nihilominus quis vellet incolere, mente eſſe captum, atque eum ad agnatos & gentiles eſſe deducendum.* Imperator tamen Antoninus & D. Pater ejus *l. 13. D. h. t.* contra reſcripſerunt: eo quod fundus talis utique pro fructuum modo pretium inventurus ſit. Me præterea movet: quod ſi aliter cenſeamus, erit inventa alienationi via. quod noluit Oratio: ac neſcio, an hoc indigitet Ulpianus *l. 5. §. 14. D. h. t.* cum ait, ſi æs alienum non interveniat, tutores tamen allegent, expedire hæc prædia vendere, & vel alia comparare, vel certe iſtis carere: magis eſſe, ne Prætor poſſit alienationem permittere. & pro ratione addit: quod Prætori non eſt datum liberum arbitrium diſtrahendi res pupillares; ſed ita demum, ſi æs alienum immineat. Proxima deliberatio eſt apud Ulpianum *l. 5. §. ult. D. h. t.* quid juris ſit; ſi lapidicinas, vel quæ alia metalla (generale eſt hoc vocabulum omnium quæ e terræ viſceribus eruuntur, ut notum) pupillus habuit, ſtypteriæ, id eſt, aluminis, vel cujus alterius materiæ, vel ſi cretifodinas, (de hoc verbo Turnebus *lib.* 30. *Adverſar. c.* 35.) vel quid aliud huic ſimile, quod tamen (ut Paulus temperat *l. 4. D. h. t.*) privatis licet poſſidere. Dubitatio hæc fuit non inelegans: quod ea metalla proprie (ſic cenſet Varro *lib. 1. De re ruſtica. c. 4.*) ad agriculturam non ſpectant. & rurſus idem Varro ait; quod bonus ruſticus hæc, ſi poſſit exercere, propterea non negligit. Sed quid eſt? probanda omnino eſt interpretatio Ulpiani *l. 5. D. h. t.* curioſe obſervantis, deficere Orationis verba, ſed ex ſententia impediri alienationem. idemque eſſe, ſi ſalinas habeat *d. l. 5.*

l. 5. §. 1. Non minus quæritur, ſi pupillus in prædio habeat jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν, (de his verbis vide ſis Turnebum *lib.* 30. *Adverſ. c.* 35.) an a tutoribus diſtrahi poſſit? Cauſa quæſtionis eſt: quod emphyteuſis non eſt prædium cujus alienatio Oratione prohibetur: magis eſt jus prædii, de quo nihil dicit Oratio. Interim, propter emphyteuſin, habet emphyteuta in prædio jus dominio proximum; eaque gratia appellatur fundi dominus *l.* 12. *C. de fund. patrimon. lib.* 11. *tit.* 61. & habet utilem in rem actionem *l.* 1. §. 1. *D. Si ager vectigalis.* verius igitur dicetur, a tutore non recte diſtrahi prædium emphyteuticum *l.* 3. §. 4. *D. h. t.* Idem de uſufructu traditum *d. l.* 3. §. 5. Atqui de uſufructu ſilet Oratio, & uſusfructus non eſt pars prædii, ſeu dominii, ſed ſervitutis, ut via & iter *l.* 25. *D. de verbor. ſignif.* contra movet, quod habet emolumentum prædii *l.* 66. §. 6. *D. de legat. lib.* 2. *l.* 70. §. 2. *D. de fidejuſſorib.* præterea eſt jus in re, & ut continet ejus emolumentum; ſic præſtat dominii effectum; & in multis caſibus pro parte dominii habetur *l.* 4. *D. de uſufr. d. l.* 66. §. 6. & *l.* 76. §. 2. *D. de legat. lib.* 2. placet igitur Ulpiano *d. l.* 3. §. 5. ſive uſusfructus ſolus debetur pupillo, ſive cum proprietate conjunctus, ejus neque alienationem, neque remiſſionem, tutori competere. Patitur etiam Ulpianus §. 5. *d. l.* 3. ſimili modo dici, nec ſervitutem imponi poſſe fundo pupilli vel adoleſcentis, nec ſervitutem remitti. hoc eo ſecurius: quia ſimile placuit in fundo dotali: quem Lex Julia de fundo dotali vetuit a marito alienari, invita muliere: & (quod idem obſervat Ulpianus *l.* 5. *D. de fundo dotali* quæ eſt ex *lib.* 2. *De omnibus tribunalibus*, atque adeo hujus loci) Julianus lib. 16. Digeſtorum ſcripſit, neque ſervitutes fundo debitas poſſe maritum amittere, neque ei alias imponere. Ita igitur in emphyteuſi, in uſufructu, & ſervitutibus jus eſt. Quid, ſi fundus ſit pupillo oppignoratus? Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. h. t.* ait, Orationem hic ceſſare: hunc enim quaſi alienum, non quaſi pupillarem, vendi. Si tamen pupillus, aut ejus pater, ſicut moris eſt, a Principe impetraverit, ut jure dominii poſſideant: jam eſſe pupillare prædium ait, & ideo non poſſe diſtrahi: vetante Oratione. idemque eſſe, ſi ex cauſa damni infecti juſſus ſit poſſidere.

At non tantum prædia ruſtica & ſuburbana vetantur a tutoribus & curatoribus alienari: ſed (ut intelligimus ex Conſtantino *l.* 22. *C. de adminiſtr. tutor.*) Lex (ſic vocat Severi Orationem, ut & Paulus *l.* 16. *D. de pign. act.*) idem ſtatuit de mancipiis ruſticis. nempe quod erant inſtrumenta, ſine quibus prædia ruſtica non ſatis commode poterant exerceri. At quemadmodum prædia & mancipia ruſtica ſola vetabantur ſine decreto alienari: ita contra ait Conſtantinus *d. l.* 22. quod eadem Lege, ſive Oratione, tutores & curatores neceſſitate adſtringebantur alienare, & ad nummos redigere, aurum, argentum, gemmas, veſtes, cæteraque mobilia pretioſa, urbana etiam mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia quæ intra civitatem ſunt: & quod ea Lex, ſive Oratio, multum minorum utilitati adverſa eſt. itaque præcipit novo ſuo Edicto (eſt enim *d. l.* 22. ut ex Inſcriptione intelligitur, *Ad Populum*) ut hæc omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere: niſi forte hac neceſſitate & lege qua ruſticum prædium atque mancipium vendere, vel pignerare, vel in donationem propter nuptias in præteritum licebat: ſcilicet per inquiſitionem Judicis, & probationem cauſæ, interpoſitionemque decreti, ut fraudi locus non ſit. Dumtaxat excipit Conſtantinus veſtes quæ detritæ uſu ſeu corruptæ, ſervando ſervari non potuerunt; & animalia ſupervacua. Atque ea, meo quidem judicio, eſt cauſa, cur Titulus hic in Pandectis late ſit conceptus hunc ad modum: *De rebus eorum qui ſub tutela vel cura ſunt.* In eadem Rubrica non minus digna obſervari verba ſequentia, *ſine decreto non alienandis vel ſupponendis.* non enim ait Oratio, *Ne alienent*, *neve ſupponant.* ait, *Ne diſtrahant.* Igitur ſi ad Orationis verba reflectamus; non prohibetur alienatio, aut pigneratio, quam indigitat Titulus: ſed diſtractio, id eſt, venditio ſola. Suaſit tamen utilitas inhibendi hac in parte tutores ac curatores: ut ſub *diſtractione* etiam alienatio & pigneratio ex ſententia Orationis comprehenderetur: eo minore periculo; quia in ſequentibus Orationis verbis, jubetur Prætor, pro ſua religione æſtimare, quæ *alienari obligarive* poſſint. ſic enim apparet, eſſe mentem Orationis, pupillis ac minoribus omni ratione conſulentis, omnem tutoribus ac curatoribus interdicere alienationem: ſive venditione, ſive tranſactione, ſive permutatione, ſive donatione, ſive alio modo fiat *l.* 4. *C. de prædiis & al. reb. min.* ut pignore. Fac tamen, (qui eſt caſus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.*) minor annis viginti quinque emit prædia: ea lege; ut, quoad pretium ſolveret, venditori eſſent pignori obligata. an valet pignus? Non putat Ulpianus: & pro ratione addit; quod ubi dominium quæſitum eſt minori, (ante non poteſt conſtitui pignus) cœpit non poſſe obligari. In eadem ſententia eſt Paulus *l.* 2. *D. h. t.* etſi in contrarium movet ſcrupulum his verbis, *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit.* Ita eſt; ut dixi: Paulus hunc movet ſcrupulum: ſed eo non utitur pro argumento finiendæ quæſtionis. ſatis enim intelligitur ex ſequentibus ejus verbis, quid privato, quid fiſco venditore, ſentiat: cum ſic porro ſcribit: *Quod ſi a fiſco emerit, nec dubitatio eſt, quin jus pignoris ſalvum ſit. Si igitur talis ſpecies in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio*

opus eſt, ut ex Reſcripto pignus confirmetur. Fuit igitur Oratio, ut ut dicat, *Ne diſtrahat*, ſic accepta, quaſi dicat, *Ne alienet.* inde quæſitum fuit; liceatne pupillo fundum legatum repudiare ſine Prætoris auctoritate? erat dubitatio, an legati repudiatio poſſit alienatio appellari: non ſatis certo, utrum legatum de bonis ſuis dimittat; an non adquirat. Hoc viſum Ulpiano in interpretatione Edicti de Pauliana actione *l.* 3. §. 2. & *l.* 6. *pr.* §. 2. & 4. *D. Quæ in fraud. creditor.* Sed in propoſito ſic ſcribit *l.* 5. §. 8. *D. h. t. Fundum legatum pupillus ſine Prætoris auctoritate repudiare non poteſt:* & cauſatur, *eſſe enim & hanc alienationem, cum res ſit pupilli, deque eo neminem dubitare.* Similis quæſtio eſt: ſi minor, cum aliud deberet, poſſit creditori ruſticum prædium ſine decreto dare in ſolutum? Sed negant Diocletianus & Maximianus *l.* 15. *C. h. t.* Senatuſconſulti auctoritatem hoc permittere: manifeſta alienatione. Superiori affinis eſt hæc quæſtio apud Ulpianum *l.* 5. §. 4. *D. h. t.* ſi fundus Sejo legatus, vel per fideicommiſſum relictus, ſit a pupillo herede inſtituto: poſſintne tutores hunc reſtituere ſine Prætoris auctoritate? Ulpianus diſtinguit: arbitratus, ſi quidem rem ſuam legavit teſtator, ceſſare Orationem: ſin de re pupilli diſpoſuit, Orationi locum eſſe; nec inconſulto Prætore tutores poſſe alienare. Rurſus quæſitum fuit, ſi ſtipulanti ſpoponderit pupillus; an ſolvere poſſit ſine Prætoris auctoritate? Non placet Ulpiano: hac optima ratione, quod alioquin inventa erit alienandi ratio *d. l.* 5. §. 5. Sed ſi pater ſtipulanti fundum ſpoponderit, ſucceſſeritque pupillus in ſtipulatum: (ſic loquutos fuiſſe Veteres, alibi notavi) fortius dicetur, inquit Ulpianus *d. l.* 5. §. 5. poſſe cum reddere ſine Prætoris auctoritate. idemque & ſi jure hereditario ſucceſſerit alii qui erat obligatus. Eadem ratione, & ſi parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus ſucceſſerit, poteſt pupillus cætera venditionis inconſulto Prætore perficere *d. l.* 5. §. 7. nempe, quia in his neceſſaria eſt alienatio, non pendens a voluntate tutorum: ad quam non pertingit Oratio. voluit ea occurrere nequitiis & fraudibus tutorum ac curatorum. vetat igitur, eos ſua ſponte atque arbitrio facere alienationes: ſed non vetat, a Magiſtratibus fieri alienationes neceſſarias juris exequendi gratia: ne ad ſuum veniant creditores deſtituti legum remediis. quod ne utile quidem foret pupillis aut minoribus: & interim negotiis recte contractis difficultatem injecturum. Sed hoc ſuis exemplis traditum ab Ulpiano *l.* 3. §. 1. 2. & 3. *D. h. t.*

Hactenus oſtendi: quo ſenſu Oratio tutoribus & curatoribus interdicat; ne diſtrahant prædia ruſtica & ſuburbana, aut mancipia ruſtica, pupillorum aut minorum. Deinceps videbo, an ſemper atque indiſtincte interdicat. Habet autem Oratio duas exceptiones. una continetur his ejus verbis: *Niſi ut id fieret, parentes teſtamento vel codicillis caverint.* Secundum hæc licita tutoribus & curatoribus ſine decreto eſt alienatio prædiorum ruſticorum aut ſuburbanorum: cum pater eam ab his in teſtamento aut codicillis fieri juſſit. quid, ſi pater de his in teſtamento aut codicillis nil cavit; ſed cum viveret, ea habuit venalia? ait Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* abſtinendum erit venditioni: (pro venditione, ut alibi ſæpius) & cauſatur Ulpianus, quod non utique qui ipſe voluerit vendere, idem etiam poſtea diſtrahenda putavit. Poteſt igitur tutor prædia alienare: ſi pupilli pater id fieri, in teſtamento aut codicillis permiſit. Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. Quand. decret. op. non eſt*, idem eſſe dicunt; ſi teſtator ex cujus bonis prædium ruſticum vel ſuburbanum ad minorem pervenit, ſuper alienando eo aliquid mandaſſe deprehendatur. Hæc: ſi firmum ſit teſtamentum. imo Paulus reſpondit *l. ult. D. h. t.* etſi teſtamentum patris poſtea irritum eſſe apparuit, tamen tutores pupilli, ſive curatores filii, nihil contra Orationem Divorum Principum feciſſe videri: ſi ſecundum voluntatem defuncti teſtamento ſcriptam prædium ruſticum pupillare vendiderunt. Tantum de priore Orationis exceptione.

Altera talis eſt. *Quod ſi forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non poſſit exſolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clariſſimus adeatur, qui pro ſua religione æſtimet, quæ poſſint alienari, obligarive debeant.* Oratio permittit tutoribus & curatoribus, ex decreto Prætoris Urbani, alienare pupilli aut minoris prædia ruſtica aut ſuburbana, ſi urgeat æs alienum. Quid, ſi alia adferatur cauſa? finge: (quæ ſpecies tractatur *l.* 5. §. 14. *D. h. t.*) nullum intervenit æs alienum. tutores tamen allegant, expedire prædia, vendere, & alia comparare, vel certe iſtis carere. an Prætor debet alienationem concedere, ob ſpem majoris commodi quod prætexitur? minime. non eſt enim permiſſum Prætori, paſſim diſtrahi jubere: ſed ita demum, ſi urgeat æs alienum. Sic Ulpianus: ſerviens Orationis verbis; cum ſolus adhibetur color majoris commodi: puto, quia ſpes, ut ait alibi Seneca, eſt incerti boni nomen: & ne feneſtra aperiatur nequitiis. Non tamen poteſt negari, fuiſſe receptum ex ſententia Orationis; ut, præter æs alienum, liceret Prætori, alienationem indulgere ob dotem aut donationem propter nuptias. videlicet, ne inventum pro ſalute pupilli, in ejus incommodum convertatur. Sed hoc certum; & teſtatur Conſtantinus *l.* 22. *C. de adminiſtr. tutor.* & ante Terentius Clemens *l.* 61. §. 1. *D. de jur. dot.* Atqui in *l.* 12. *C. h. t.* ſic extat. *Ob æs alienum tantum cauſa cognita Præſidali decreto prædium ruſticum minoris provinciale diſtrahi permittitur.*

Sed

Sed duplex eſt reſponſio, utraque elegans & probabilis. prior Ludovici Ruſſardi, quod de ære alieno traditum, eſſe reſcriptum ab Imperatoribus in facto de ære alieno conſultis. altera eſt Andreæ Alciati *lib.* 4. *Diſpunct. c.* 5. *d. l.* ita ingenioſe interpungentis: *Ob æs alienum, tantum cauſa cognita Præſidali decreto prædium ruſticum minoris provinciale diſtrahi permittitur.* Alciato conſentiunt Græci *lib.* 38. *Baſilic. tit.* 9. *pag.* 141. *tom.* 5. ſic transferentes: *Ob imminens æs alienum, vendi res pupillaris poteſt cum decreto.* Nugæ. palam Conſtantinus *l. ult. C. h. t.* (atque eodem modo in *d. l.* 12. Imperatores) *Si minores vel ex patris nomine vel ex ſuo debitis dumtaxat fiſcalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii: decreti interpoſitio u Conſtantiniano Prætore celebranda eſt, probatis examinatiſque cauſis: ut patefacta rerum fide, firma venditio perſeveret.* Sed non turbat me hic vox, *dumtaxat*, quam urgeat forte aliquis. eſt enim ſupervacua; certe nihil ſignificat ex uſu hujus vocis illis temporibus. probavit cum pridem ſuis exemplis Salmaſius, *Notis ad Vopiſcum, in vita Probi, c.* 16. *pag. mihi* 667. Quod eo lubentius moneo: ut ſic quoque lucem præbeam Imp. Juſtiniano *l.* 8. §. 5. *verſic. Filiis autem familias C. de bonis quæ liberis:* cujus hæc ſunt verba. *Filiis autem familias in his dumtaxat caſibus in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes vivunt, nec de iiſdem rebus teſtari permittimus.* Non poſtulas: ut moneam, vel hodie moleſtam hic eſſe vocem, *dumtaxat.* id vulgo notum. potius dicam, eam olim vivo adhuc Juſtiniano, uſque adeo fraudi fuiſſe imprudentibus; ut multis præberet cauſam eo in loco faciendi argumentum a contrario ſenſu: quod Imperatori numquam venerat in mentem. nec fallam: ſi addam, idcirco neceſſarium fuiſſe Imperatori; ut errori a calumnia verbi, *dumtaxat*, quod ibi nihil ſignificabat, profecto adverſus Legem antiquam XII Tabularum, nova Conſtitutione occurreret *l.* 11. *C. Qui teſtam. fac. poſſ.* Forſan fui paulo longior. ſed res merebatur. itaque nunc revertar ad Orationem.

Præcipit ea, ſi æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non poſſit exſolvi: tunc adiri Prætorem Urbanum, Virum Clariſſimum, pro ſua religione æſtimaturum quæ poſſint alienari, obligarive debeant. Non igitur vult Oratio, tutores & curatores pupilli prædia prætextu æris alieni ſuo arbitrio alienare aut obligare: ſed demum ex auctoritate Prætoris Urbani, cauſa diligenter cognita. Hoc in Urbe. De provinciis ſilet Oratio. ſed rationis eſt, ibi adiri Proconſulem. cum enim is habeat pleniſſimam juriſdictionem: conſequens eſt, partes omnium qui Romæ vel quaſi Magiſtratus vel extra ordinem jus dicunt, ad ipſum pertinere: nec quidquam eſſe in provincia quod non per ipſum expediatur *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 9. *D. de officio Proconſulis.* idemque de Præſide traditum *l.* 10. & 11. *D. de officio Præſidis.* ita nil mirum; tam Præſidis, quam Prætoris mentionem fieri *l.* 6. *C. h. t. l.* 2. §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. juriſd.* & alibi. Præterea ſi Princeps ſit ab aliquo aditus: ait Imp. Aurelianus *l.* 2. *C. Quand. decret. opus non eſt.* eſſe requirendum, an adito Principe, ſpecialiter jus venditionis acceperit: & cauſatur, quod ad inſtar Præſidialis decreti conceſſio Principalis accedit.

Sed apparet: quod Oratio cognitionem de alienatione prædiorum pupillarium in Urbe defert Prætori Urbano; ejuſque exemplo ea in provinciis competit Præſidi: ſimul apparet, quod oportet eam ſolemniter fieri: id eſt, Prætore aut Præſide pro tribunali ſedente in Conſilio: non per libellum & ſubſcriptionem, id eſt, non de plano, cum Prætor eſt domi, aut in balneo, aut procedit in via: ſed apud acta, cauſis probatis. ſic enim cauſæ cognitionem fieri, & decretum interponi, oſtendi *lib.* 1. *De juriſd. & imperio c.* 10. *& ſeq.* atque hoc ideo monendum fuit: ut liqueret, quid velint Carus, Carinus, & Numerianus, cuidam Varo ita reſcribentes. *Minorum poſſeſſionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem vel Præſidem provinciæ libello fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter non poſſit, niſi apud acta cauſis probatis quæ venditionis neceſſitatem inferant; decretum ſolemniter interponatur. l.* 6. *C. h. t.* Accedunt hæc ad certum; ſi ipſe Conſilium exercere velit Prætor aut Præſes. an & mandata juriſdictione is cui mandatur, Conſilium exercere poterit? Minime: ſcilicet, quia ea cognitio Prætori aut Præſidi non competit jure ſui Magiſtratus, ſed ſpeciali delegatione: quo caſu eam mandari non poſſe, explorati juris eſt *l.* 1. *D. de offic. ejus cui mandat. juriſd. eſt.* atque huc ite Ulpianum *l.* 2. *pr.* & §. 1. *D. eod. tit.* jam conjeci *lib.* 2. *De juriſd. & imper. c.* 10. ubi ſi lubet vide: nec pigebit vidiſſe, quod ab aliis ante non eſt animadverſum.

Unum reſtat, quid veniat in Prætoris aut Præſidis cognitionem? Sed hoc curate & plene tractavit Ulpianus *l.* 5. §. 9. 10. 11. 12. & 13. *D. h. t.* diligentiſſime legendus. de verbis, *parendum æri alieno*, in *d.* §. 9. conſulendus in tranſitu Turnebus *lib.* 30. *Adverſar. c.* 35.

Porro ait Oratio, *Manente pupillo actione, ſi poſtea potuerit probari, obreptum eſſe Prætori.* Obrepere eſt, non cogitantem fallere, ſive non intelligentem circumvenire. quo ſenſu Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. Mandati.* Ex apud Juvenalem, *Sat.* 9. *verſ.* 129. *Obrepit non intellecta ſenectus.* Eodem ſenſu Florus *lib.* 4. *c.* 10. *Quaſi hoc quoque ex arte ducis eſſet, obrepere.* Putemus igitur, eſſe obreptum Prætori, apud quem non fuit dictum quod debuit dici: aut cum falſis allegationibus circum-

venta eſt ejus religio. Ita Orationis ſenſum reddunt Impp. Valerianus & Galienus *l.* 5. *C. h. t.* & ajunt, quod tum Senatus, ſequutus Severi Orationem, reſervavit actionem pupillo ejuſque heredi. utrum in rem, an in perſonam? Et ait Ulpianus *l.* 5. §. 15. *D. h. t.* magis eſſe, ut in rem detur. optime & convenienter Orationis menti; volentis, nullam eſſe alienationem; cum jubet, pupillo manere veterem actionem: ut poſt dicetur.

Deinde ait Oratio, *Nihil novandum cenſeo, ſi communis res erit, & ſocius ad diviſionem provocet.* Ulpianus *l.* 5. §. *ult.* & *l.* 6. *D. h. t.* *Communia*, inquit, *prædia accipere debemus, ſi pro indiviſo communia ſint. cæterum, ſi pro diviſo communia ſint, ceſſante Oratione, decreto locus erit. Sed ſi forte alius proprietatem fundi habeat, alius uſumfructum: magis eſt, ut ceſſet hæc pars Orationis quæ de diviſione loquitur: nulla enim communio eſt.* Recte; quia nulla eſt dominii communio. prohibetur igitur minor, cum alio habens communia prædia, ad diviſionem provocare. at ipſe provocatus, non prohibetur ad diviſionem venire. Atqui ſic alienat. Nempe ex neceſſitate, & permittente Oratione. Unde conſequens eſt, ut ſi uterque minor ſit, neuter poſſit alterum provocare ad diviſionem *l.* 7. *D. h. t. l.* 17. *C. eod.* Quamquam vel hoc recipit difficultatem ex *l.* 20. *D. de auctor. tutor.* ubi diviſio paternæ hereditatis ex tutoris auctoritate ſine decreto inter pupillos ſuſtinetur. Sed is locus eſt Scævolæ: qui vixit ante Severum; nec potuit ſomniare de hac ejus Oratione, poſt mortem ſuam ſequutura: ſicut nec in *l.* 47. *D. de minoribus*; quæ eſt ejuſdem Scævolæ.

Sed redeo ad Orationem. ex ea, ut dixi, non poſſunt per diviſionem alienari communia minorum prædia. illud quæritur: an obligari poſſint? Sed negat Ulpianus, obliganda ſine decreto. & pro ratione ſubjicit, quod excepit Oratio, ad hoc tantum pertinere: ut perimatur communio; non ut augeatur difficultas communionis *l.* 8. §. *ult. D. h. t.* Non igitur valet diviſio inter minores facta, ſcriptura interpoſita, vel ſine ſcriptura: niſi forte ratam fecerint poſt legitimam ætatem *l.* 1. *C. Si major. fact. rat. hab.*

Poſtremo ait Oratio, *Aut ſi creditor pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur.* Rationem expoſui in ſuperioribus, ſimul exempla: quibus adde ſis *l.* 1. & 2. *C. h. t.*

Fere eram oblitus, quod promiſi, tradere effectum alienationis, contra formam Orationis factæ. Eſt autem hic quem indicat Ulpianus *l.* 3. §. 13. *D. de ſuſpect. tutorib.* Severum, inquiens, & Antoninum reſcripſiſſe Epicurio, *Tutores qui res vetitas ſine decreto diſtraxerunt, nihil egiſſe.* Nec minus hoc Diocletiani & Maximiani *l.* 11. *C. h. t.* *Senatuſconſulti auctoritas, retento dominio donandi viam obſtruxit.* Eſt igitur prohibitæ alienationis exitus ex mente Orationis, ut pro nulla ſit. ita non habet pupillus aut minor in integrum reſtitutione Prætoris opus *d. l.* 11. contra poteſt, tamquam dominus, res alienatas ſuo jure a quocumque poſſeſſore vindicare cum fructibus medii temporis; ſi non bonæ fidei emptor fuerit *l.* 2. *C. Si quis ignor. rem minor.* etſi reſtituto cum uſuris pretio, quo uſque in rem ejus verſum ſit. quod ſi non offeratur a pupillo, placet etiam poſſe a petitore peti exceptione doli mali: per quam & ſumptus meliorati prædii repeti jus eſſe *l.* 16. *l.* 10. *l.* 14. *C.* & *l.* 13. *D. h. t.*

Eſt igitur inutilis prædii ruſtici aut ſuburbani pupilli aut minoris alienatio ſine decreto Prætoris facta: donec perfectæ ætatis facti eam approbaverint. fit autem hæc approbatio duobus modis: vel palam, ſive manifeſto conſenſu, vel ſilentio, ſive lapſu temporis *l.* 2. *C. Si major. fact. alien. fact. ſin. decret. rat. hab.* primum palam approbata alienatio ſine decreto facta, perinde accipitur, ac ſi ex decreto facta eſſet. ſolum enim hoc agit, nec ultra pergit, vis ratihabitionis. ideoque ſi minor, inconſulto errore lapſus, quod ignoraret verum pretium, venditioni conſenſit: ait Gordianus *l.* 1. *C. eod. tit.* non abs re eſſe, ſi bonam fidem non ampelectatur pars diverſa, in ejus arbitrio poni, an velit poſſeſſionem cum fructibus reſtituere, ita ut fœnebris pecunia cum competentibus uſuris reſtituatur. At non tantum manifeſta ratihabitione confirmatur inutilis alienatio: ſed etiam ſilentio certi temporis: de quo in *l ult. C. eod. tit.*

TITULUS X.

De curatoribus furioſo & aliis extra minores dandis.

Ut intelligatur ſeries & ratio Tituli, obiter meminiſſe oportet, quod ante dictum, curam eſſe vim ac poteſtatem in capite libero ad tuenda bona ejus qui pubes factus, propter minorem ætatem, aut major, ob animi aut corporis vitium, rebus ſuis ſupereſſe non poteſt. De curatore minori ob ætatem dando, quia dictum ſuo loco, hunc non attingit præſens Titulus: ſed agit de curatoribus aliis extra minores dandis. quales furioſi & prodigi: nam vel tales ut ſub cura eſſent, primum moribus fuiſſe inductum; eoſque mores mox Lege Duodecim Tabularum fuiſſe confirmatos, Ulpianus ait *l.* 1. *h. t.* cæterum jus Duodecim Tabularum, ut fit, deſuetudine obliteratum, poſtea Lege Lætoria, cujus meminit Capitolinus *in vita M. Antonini Philoſophi c.* x. eſſe renovatum, ad-

modum

Digitized by Google

modum probabile eſt. Sunt igitur furioſi & prodigi ex Lege Duodecim Tabularum in cura, & quidem agnatorum, ut ait Ulpianus in *Fragm. tit.* 12. adde, gentilium. ex Cicerone *lib.* 1. *Ad Herennium c.* 13. & Paulo *l.* 53. *D. de verb. ſignif.* Idem tamen Ulpianus *l.* 1. *h. t.* & poſt eum Juſtinianus §. 3. *Inſt. de curatorib.* tradidit, tandem uſu obtinuiſſe; ut Romæ Præfectus Urbi & in provinciis Præſides ex inquiſitione eis curatores darent plerumque agnatos; niſi hi forte eſſent inhabiles. hoc voluit, opinor, Gajus *l.* 13. *h. t.* his verbis: *Sæpe ad alium e Lege Duodecim Tabularum curatio furioſi aut prodigi pertinet, alii Prætor adminiſtrationem dat: ſcilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem habeatur.*

Furorem porro a quo furioſus, Cicero *lib.* 3. *Tuſcul. quæſt. c.* 5. definit mentis ad omnia cœcitatem. eoque morbo qui laboret, quin mente captus ſit, dubitari nequit. quamquam a furioſo mente captum diſtinguit Juſtinianus §. 4. *d. t.* quomodo Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* furorem a dementia, & Gajus fatuum a furioſo *l.* 2. *D. de his qui not. infam.* Nec male: nam omnis furioſus eſt mente captus; ſed non vice verſa omnis mente captus eſt furioſus. alter externa mentis rabie agitatur: alterius mens poteſt eſſe in quiete. præterea hujus morbus fere eſt perpetuus: illius contra eſt aliquando temporalis.

Sed præter furioſos ſub cura ſunt prodigi, furioſis non abſimiles. Optime ſic D. Pius apud Ulpianum *l.* 12. §. 2. *D. de tut. dat. ab his. Non eſt novum quoſdam, etſi mentis ſuæ videbuntur ex ſermonibus compotes eſſe, tamen ſic tractare bona ad ſe pertinentia, ut niſi ſubveniatur his deducantur in egeſtatem: eligendus itaque erit qui eos conſilio regat. nam æquum eſt, nos proſpicere etiam eis qui quod ad bona ipſorum pertinet, furioſum faciunt exitum.* Talem eſſe ait Ulpianus *d. l.* 1. *h. t.* qui neque tempus, neque finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profudit. Hunc a liberali ſic diſtinguit Cicero apud Lactantium *lib.* 6. *Divin. Inſt. c.* 17. nam hic reſpicit, opinor, ad illius *lib.* 2. *De officiis: Liberalis eſt qui cibum & bene meritis, & cum oportet, & quantum ſatis eſt largitur. Prodigus vero qui & non meritis, & cum opus non eſt, & ſine reſpectu rei familiaris effundit.* In hunc ſenſum ſatis bene, & ſapienter Cicero: a Lactantio ſtulte reprehenſus. Sed, ut hoc agam, is prodigus a Gajo *lib.* 1. *Inſt. tit.* 8. everſor dicitur: alibi etiam luxurioſus. Hoc ſenſu Paulus *l.* 15. *D. h. t. Et mulieri quæ luxurioſe vivit, bonis interdici poteſt.* Cave, putes, meretricem ſignificare. etſi ſic viſum Cujacio ad Paulum *lib.* 3. *Sentent. tit* 4. §. 6. luxuria Paulo, eſt vitium immodicæ liberalitatis. & ſenſus Pauli, propter vitam prodigam, non maribus tantum, ſed mulieribus quoque, bonis interdici. hoc pluribus probavit Gulielmus Fornerius *lib.* 2. *Selection. c.* 5. quem non exſcribo. patere tamen ejus diligentiæ, a me addi hoc Tibulli *lib.* 2. *Eleg.* 6.

Ut mea luxuria Nemeſis fluat, utque per urbes
Incedat donis conſpicienda meis.

Cæterum etſi ſcribat Ulpianus, prodigis & furioſis hodie curatorem etiam a Prætore dari *d. l.* 1. *h. t.* non idcirco ſinit, eum furioſis paſſim dari. contra exiſtimat *l.* 6. *d. t.* obſervare Prætorem oportere, ne cui temere citra cauſæ cognitionem pleniſſimam det curatorem. & pro ratione addit, Quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt: quo magis curatore accepto, onera civilia detrectent.

Simile eſt animadvertere in prodigis: nam ut quis dicatur ſua conſumere bona, idque liqueat: non ideo pro prodigo habetur: antequam illi hanc ob cauſam a Prætore bonis ſit interdictum. utique Julianus *l.* 8. *D. Pro emptore, Si quis*, inquit, *cum ſciret, venditorem pecuniam ſtatim conſumpturum, ſervos ab eo emiſſet, pleroſque reſpondiſſe, eum nihilominus bonæ fidei emptorem eſſe: idque verius eſſe.* videlicet, cum venditor idemque dominus, non interdicta rei ſuæ deminutione, ejus ſit moderator & arbiter, quomodo mala fide emit qui a domino emit, cui integrum eſt jus deminuendi. Excipit Julianus, *Niſi forſe & is qui a luxurioſo & protinus ſcorto daturo pecuniam ſervos emit, non uſucapiet.* Sic Julianus: convenienter fini artis: ſemper (ut demonſtravi *lib.* 3. *Probabil. c.* 2.) ſervientis verecundiæ ad juvandam communem utilitatem exeunti: numquam ſceleri, aut ſtultitiæ ei nocituræ. Hoc eo ſecurius dico: quia eadem prudentia Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Manduti, Si*, inquit, *adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas: idque tu ſciens mandatum, ſuſceperis: non habebis mandati actionem, quia ſimile eſt, quaſi perdituro pecuniam ſciens credideris. Sed & ſi ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: non obligabitur mandati: quaſi adverſus bonam fidem mandatum ſit.* Igitur ſit abſque illa ſocietate nequitiæ ſtultitiæque: numquam quis, utcumque ſua profundat bona, in jure habetur prodigus, antequam ei a Prætore, cauſa cognita, bonis ſit interdictum.

Ejus vero interdictionis ſi quis petat exemplum; extat, inter alios, apud Valerium Maximum *lib.* 3. *c.* 5. §. 2. & Horatium *lib.* 2. *Serm. ſat.* 3. *verſ.* 217. Formulam ſervavit Paulus *d lib.* 3. *tit.* 4. §. 7. Inde is cui bonis interdictum pro prodigo *l.* 6. *D. de verb. oblig.* Et in §. 2. *Inſt. Quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. Prodigus cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt: ſed id quod ante fecit, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum eſt.* Ab eadem ratione Ulpianus *l.* 10. *D. h. t. Julianus*, inquit, *ſcribit, eos quibus per Prætorem bonis interdictum*

eſt, nihil transferre poſſe ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio ſit interdicta. Sic omnia exemplaria quæ videre mihi licuit; at non plena locutione. ſupple & ſcribe: *quia* jus bonorum *non habeant, cum eis deminutio ſit interdicta*, vel ita, *quia jus* in bonis *non habeant, cum eis deminutio ſit interdicta.* Mendum natum ex Siglis, *quia i. b.* vel, *quia i. in bonis.* &c. altero modo indigitabatur *jus bonorum*: altero *jus in bonis*: quod fugit Librarium. Ut ut erit: firmamentum ei quod intendo, hoc Horatii *d. lib. 2. Serm. ſat.* 3. *verſ.* 217.

— — — *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Simili ſenſu de furioſo Cicero *lib.* 3. *Tuſc. quæſt. c.* 5. *Qui*, inquit, *ita ſit affectus, eum dominum eſſe rerum ſuarum vetant Duodecim Tabulæ.* Non hæc eſt Ciceronis ſententia, Duodecim Tabulis fieri, ne furioſus ſit rerum ſuarum dominus: ſed ne poſſit dominium exercere, ſive ne habeat jus rerum ſuarum, cum ei deminutio ſit ablata.

Recederem hic a furioſis & prodigis, niſi Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* vellet addi, ambos fore in curatione, quamdiu vel furioſus ſanitatem, vel ille ſanos mores receperit: quod ſi evenerit, ipſo jure deſinere eſſe in curatione. Cum ait, ipſo jure: non excludit Prætoris decretum. tantum ſignificat, a Prætore id interponi auctoritate Legis Duodecim Tabularum. ſimili modo quo teſtamentum dicitur per querelam inofficioſi reſcindi ipſo jure: poſtquam de ea cognovit, & pronunciavit Judex *l.* 8. §. 16. *D. de inoffic. teſtam.* Eodem quoque modo ipſo jure reſcindi dicitur contractus bonæ fidei; in quo ſit dolus malus; quamquam non ante, quam ſi de eo ſit a Judice pronunciatum *l.* 5. *C. de reſcind. vendit.*

At curatores non tantum furioſis & prodigis dantur extra ordinem; ſed præterea cæteris omnibus qui in ea cauſa ſint, ut rebus ſuis ſupereſſe non poſſint. *l.* 2. *h. t. l.* 12. *D. de tutor. & curat. dat. ab his.* quales ſunt muti & ſurdi §. 3. & 4. *Inſt. de curat.* etiam pupilli: hi tamen non paſſim, nec ſemper; ſed ſi legitimus tutor non ſit idoneus, puta moribus; aut teſtamentarius non ſit idoneus ad adminiſtrationem §. 5. *d. t.* etſi alioquin moribus ſit idoneus: ut in anteceſſum alibi eſt jam obſervatum. Sunt & aliæ cauſæ in quibus bonis conſtitui curator poteſt quæ enumerantur *l.* 3. *l.* 5. *l.* 8. & *l.* 9. *h. t.*

Quærentibus, quinam curator dari poſſit: probabile eſt, omnes poſſe, qui non prohibeantur. De filio fuit quæſitum, ſi patri dandus ſit curator. erant enim qui negarent; in quibus Celſus & alii. movebat eos, quaſi indecorum ſit, patrem a filio regi. attamen D. Pius Juſtino Celeri, item DD. Fratres, reſcripſerunt, filium, ſi ſobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. ſic Ulpianus *l.* 12. §. 1. *D. de tut. & cur. dat ab his.* & convenienter ei Paulus. *l.* 2. *h. t.* ait non dubitaturum hac in parte Prætorem. Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *d. t.* ſic exprimit: *Extat D. Pii Reſcriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioſo, ſi tam probus ſit.* Ait, ſi tam probus ſit, pro valde probus ſit. quo ſenſu *Tam* accipi apud Vellejum, Plinium, & Plautum, *Not. ad Moſtellar.* 4. 2. 9. *pag.* 566. *col.* 1. *lit.* C. obſervat Fridericus Taubmannus, poſt Auſonium Popmam *De uſu antiq. locut. lib.* 2. *c.* 1. Dum hoc de patre dico; nec matrem præterire debeo. de ea ſic Ulpianus *l.* 4. *d. t.* *Furioſæ matris curatio ad filium pertinet.* Qua ratione? ſubjicit hanc pulchram: *Pietas enim parentibus, etſi inæqualis eſt eorum poteſtas, æqua debebitur.* Locutio obſcura, & rara. eam notavi & expoſui *lib.* 2. *Obſerv. c.* 15. & *Julio Paulo c.* 7. adducta conſimili loquendi forma ex Virgilio *lib.* 12. *Aeneid. verſ.* 142. & erudita obſervatione Servii Honorati, Veteris Grammatici ad eum locum.

Quod attinet ad effectum curationis: cum apud Ciceronem *lib.* 1. *Ad Herennium c.* 13. ſic indicat Lex Duodecim Tabularum ſine dubio: *Si furioſus exiſtit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Inde officium curatoris tradit Julianus *l.* 7. *h. t.* verbis ſequentibus: *Conſilio & opera curatoris tueri debet non ſolum patrimonium, ſed & corpus ac ſalus furioſi.* Ait, *tueri*; paſſive: ut in deponentibus verbis ſæpe contingere, eſt ab aliis obſervatum. Cæterum cum tueri etiam furioſi patrimonium debet: bene animadvertit Gajus *l. ult. h. t.* in eo omnem curatoris poteſtatem adminiſtratione finiri: & ideo ſi donandi cauſa alienet, neque traditionem quidquam valere: niſi ex magna utilitate furioſi hoc cognitione Judicis faciat. Hoc & Marcellus *l.* 12. *d. t.* ad quam Emundus Merillius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 19. *p.* 35.

F I N I S.

INDEX

I N D E X

R E R U M & V E R B O R U M.

A.

A voculæ uſus valde notabilis. *Pag.* 551. *b.*
Acceſſionis jus. 192. *a, b.* 208. *b.*
Actio quid? 155. *a, b.* mixta, neque in rem, neque in perſonam, ſed ex utraque mutuans. 155. *b.* vendi poteſt. 405. *b.* 406
Actionis in rem formula. 65. *a.* in perſonam formula. *ibid* actionis editio, vide *Editio.* poſſitne ſemel edita emendari aut mutari. 68. *a, b.*
Actionem habere aliquando æquipollet τῷ rem ipſam habere. 181. *b.*
Actor pupilli quia ſit. 559. *b.*
Actor Univerſitatis quis. 94. *a, b.*
Actor volens tantum eſt. 147. *b.* exceptiones. *ibid. b.*
In diem *Addictio* quid. 397. diverſi ejus effectus, ubi emtio ſub conditione, & ubi pure eſt facta. *ibid.* & 398
Addicere quid. 397. *a.*
Adoptio unde dicatur, quid ſit. 28 *a* naturam imitatur. *ibid. b.* quotuplex ſit. 29. *b.* adoptio in ſpecie quid eſt, & quomodo fiat. *ibid.* 30. *a.* adrogatio quid ſit, & quomodo peragatur *ibid.* & *b.* 31. *a.* an tutor, an curator adrogare queant. *ibid.* & *b.* quomodo pupillus adrogari queat. *ibid.*
Adſeſſor. 47
Ædificia olim in tectis etiam viridaria ſubſtinebant. 211 *b.*
Ædilitium Edictum. 450. cauſa ejus proponendi. *ibid. b.* primo capite eſt locutum de mancipiis, ſequente de jumentis. 451. *a.* at JCti extenderunt ad res omnes alias. *ibid.* & ad permutationes *ibid. b.* non ad locationes. *ibid.* non ad donationes. *ibid.* non ad venditiones fiſcales. 452. *a.* (quo non pertinet venditio a republica municipii facta. *ibid.*) non ad ſimpularias venditiones. 452. *b.* Cauſæ ex quibus Ædiles agi volunt. *ibid.* Prima, vitium & morbus rei. *ibid.* 453. *a.* non animi, niſi de his quid venditor promiſerit. *ibid.* de animi vitiis eſt tamen actio ex emto contra venditorem qui ſciens ea reticuit. *ibid.* de vitiis animi quibuſdam expreſſe edixerunt Ædiles, *ibid.* ſc. de erronis & fugitivi mancipii vitio. *ibid.* & 453 *b.* pronunciandum id eſt, ſi ſervus noxa ſolutus non ſit. *ibid.* item ſi capitalem fraudem admiſerit. 454. *a.* ſi quid mortis conſciſcendæ ſibi cauſa quid fecerit. *ibid.* & *b.* Porro jubent Ædiles, qui mancipia vendunt, etiam nationem cujuſque in venditione pronuntiare. *ibid.* & vetant, ne veterator pro novitio veneat. *ibid.* item ut pronuntietur, an talis ſit ſervus qui manumitti non poſſit. *ibid.* aut exportari debeat. 455. *a.* Vitia morbive palam, recte pronuntiandi ſunt. *ibid.* quid de venditoris inſcientia vitiorum, de emtoris ſcientia ſit ſtatuendum. *ibid.* & *b.* negligitur vitium morbus valde levis. *ibid.* non gravior, quamvis temporalis tantum ſit. 456. *a.* Secunda cauſa actionis Ædilitiæ, ſi quid a venditore dictum promiſſumve ſit quod non eſt præſtitum. *ibid.* & *b.* Tertia cauſa ex qua Ædiles permittunt agi, ſi quid ea lege venierit, ut niſi placuerit, redhibeatur. 456. *b.* 457. *a.* Quanta agendi cauſa eſt: ſi de vitiis morbiſve & cæteris quæ Edicto ſunt comprehenſa, emtori poſtulanti non ſit a venditore cautum. *ibid.* Tres ex hoc Edicto competunt actiones; prima redhibitoria, altera quanto minoris, tertia in factum. *ibid.* Redhibitoria unde dicta. *ibid.* cui detur. *ibid.* adverſus quem. *ibid.* an adverſus patrem aut dominum vendentis. *ibid.* & *b.* quamdiu duret. *ibid.* ad quid detur *ibid.* 458. *a.* quid emtori viciſſim præſtare venditor teneatur. 458. *b.* cautio ab emtore præſtanda *ibid.* 459. *a.* actio redhibitoria arbitraria eſt, & duplicem habet condemnationem. *ibid.* emtori præter actionem redhibitoriam etiam alia competit, in factum ſcil. ad recuperandum pretium, ſi mancipium volenti ſit redhibitum. *ibid.* eaque ex Edicti ſententia eſt recepta. *ibid.* Actio quanto minoris, ſeu æſtimatoria annalis eſt. *ibid.* omnium rerum nomine inſtituitur. *ibid.* concurrit interdum cum redhibitoria. *ibid.* Actio in factum. 460. *a.* quando detur, ad quid. *ibid.* Ædilitium Edictum de jumentorum venditione. 461 *a, b.* 462
Ædilitium Edictum de feris non alendis, qua vulgo iter ſit. 225. *b.* 262. *b.*
Æſtimatoria actio. 431
de Agnoſcendis &c. liberis &c. 534
Agrimenſor vide *Menſor.*
Armamenta quæ dicantur. 191. *a.*
Album ſi quis corruperit, qua actione teneatur. 48, 49, 50
Alea quid. 258. Edicta de aleatoribus. 259. *a.* de damno dato ei cujus in ædibus luditur, *ibid.* ejus qui ludere compulit pœna. *ibid. b.* amiſſi alea, & ſoluti condictio. *ibid.* 260. *a.*
de Alendis liberis &c. 534
Alienatio quid. 131. *b.* 508. *a, b.*
Amotæ res vel quæ dicantur, vide *Rer. amot. act.*
Annulis ſignatoriis ſervi utebantur. 462. *a.*
Ad L. Aquiliam. 227
Arbiter. 135. quis arbiter eſſe queat 136. *a, b.* recipere arbitrium quid ſit. 137. *a.* non aliter is cogitur ſententiam dicere, quam ſi in eum pecunia ſit compromiſſa. *ibid.* hoc quid ſit. *ibid. b.* 138. *a.* Prætor arbitrum interdum excuſat, *ibid.* & *b.* Quomodo & qua vi arbiter ſententiam dicat. *ibid.* 139. *a.* arbitri officium, ex compromiſſo legem accipit. *ibid. b.* arbitrium ferre debet præſentibus litigantibus. 139. *b.* debent & arbitri omnes eſſe præſentes. 140. *a.* ſententiæ arbitri effectus. *ibid.* & *b.* quid ſit non ſtare ſententiæ arbitri. *ibid.* 141. *a.* quando ei ſtetur. *ibid.* pœna ejus qui arbitrio non ſtat. *ibid.* & *b.* 142
Area quid reſpectu domus. 393. *a.*
Argentarii qui. 67. *a.* rationes edere coguntur. *ibid.*
Arrha firmat venditionem. 406. *b.*
Atilia lex. 548. *a.*

B.

Bonorum poſſeſſio litis ordinandæ cauſa. 157. *b.* cum re & ſine re. *ibid.*
Bonorum poſſeſſor utitur petitione hereditatis utili. 189
In Bonis eſſe quid dicatur. 438. *b.*

C.

Calumniator. 101. de eo Prætoris Edictum. *ibid. a.* calumniator quis dicatur. *ibid.* & *b.* quis hoc Prætoris Edicto teneatur. *ibid.* etiam porrectum eſt ad alias iniquas vexationes præter liter. *ibid.* 102. *a.* quid pecuniam accipere notet in Edicto. *ibid.* & *b.* contra quem hæc actio detur. *ibid.* cui detur. 103. *a.* ad quid. *ibid.* quando quadruplum ſit mere pœnale *ibid.* nec heredi, nec in heredem datur. *ibid.* & *b.* quæ actiones cum hacce concurrant. *ibid.*
Canis eſt fera beſtia, 225. *b.*
Capitalis fraus quæ. 454. *a.*
Capitis deminutio. 121. *a.* quid ſit *ibid. a.* Quotuplex. *ibid. a, b.* effectus ſingularum. 122. *a.* effectus

Digitized by Google

fectus earum circa obligationes. 123. *a.*
Caſtratio aliud jus in mancipiis, aliud jus in jumentis parit. 461. *b.*
Caſus præſtatio in reſtituenda re, 195. *b.*
Caupo vide *Nauta.*
Cauſa quid, quando præſtanda. 473, 474
Cenotaphium non eſt locus religioſus. 262. *a.*
Certum quid. 275. *a.*
Civiliter agere quid. 146, *b.* 147 *a.*
Cœnaculum quid. 227. *a.*
Cognitor quis. 82. *a.*
Commercio quæ eximantur. 394. *b.*
Commiſſoria lex in venditione. 398. concipi poteſt aut pure aut ſub conditione. 399. *a*, *b.* ejus effectus. *ibid.* 400
Commodatum quid. 317. *a.* Edictum Pacuvii emendavit Julianus. *ibid.* differentia a precario. *ibid.* *b.* 319. *b.* Commodatarius detentionem nudam tantum habet 317. *b.* 328. *a.* quid commodari queat. *ibid.* actiones inde competentes. *ibid.* *b.* directa cui detur. *ibid.* adverſus quem. *ibid.* 319. *a.* ad quid. *ibid.* ad quam culpam præſtandam. *ibid.* 320. *a.* ſi res non præſtetur, quæ æſtimatio præſtanda veniat. *ibid.* *b.* quæ actiones cum commodati actione concurrant. *ibid.*
Commodum rei venditæ vide in *Emtio.*
Communi dividundo. 242. qualis ſit actio illa. *ibid.* non datur de veſtibulo communi duarum ædium. *ibid.* qui hac utantur actione. 243
Comparativus gradus pro poſitivo ſumtus. 143. *a.*
Compenſatio unde dicatur. 356. *a.* quid ſit. *ibid.* *b.* quale debitum compenſetur. 357. *a.* compenſatio fit etiam ante litem conteſtatam. *ibid.* *b.* purum debet eſſe debitum. *ibid.* an debitum mere civile compenſetur. 358 *a*, an mere naturale. *ibid.* an etiam debitum impar, an & ex maleficio ortum. *ibid.* *b.* 359. *a.* an & quod in rem actione peti poteſt. *ibid.* *b.* in quibus judiciis & quomodo olim & hodie ejus ratio habeatur. 360. *a*, *b.* Debitum liquidum eſſe debet. *ibid.* compenſationis effectus. 361. *a.* quarum rerum fiat compenſatio. *ibid.* inter quas perſonas. *ibid.* *b.* 362. *a*, *b.* compenſationis effectus. 362. *b.* 363 *a.* quando ceſſet compenſatio. 363. *b.*
Competens judex quis? 152. *a.* & *ſeqq.* ita dicitur non tantum Magiſtratus, ſed & judex pedaneus 152. *a.* dicitur & *ſuus. ibid.*
Compromiſſum vide *Arbiter.*
Concubina quæ ſit. 536. *a.* unam cœlibi habere licet. *ibid.* ea infamis non eſt. *ibid.* ſingulare jus in liberta patroni concubina. *ibid.* & *b.* clericis interdicitur concubinatus. *ibid.* uni plures habere concubinas non licet. *ibid.* quaſi affinitas quædam attendenda eſt, ne turpis evadat concubinatus. *ibid.* ætas definita. *ibid.* illas ſolas in concubinatu habere licet in quas ſtuprum non admittitur. & quæ iſtæ. 537. *a*, *b.*
Conditionis origo & progreſſus. 275. *a*, *b.* 276. *a*, *b.*
Condictio ſine cauſa. 301
Condictio cauſa data, cauſa non ſequuta. 293. *a.* naſcitur quaſi ex contractu. *ibid.* quid ſit ob cauſam dati. *ibid.* *b.* 294. *a*, *b.* quomodo res non ſequitur. *ibid.* 295. *a*, *b.* 296. *a*, *b.*
Condictiones ex cauſa injuſta vel ſine cauſa concurrunt cum aliis actionibus. 236. *b.*
Condictio furtiva non eſt ex delicto, ſed ex bono & bono. 301. *a*, *b.* 302. *a.* ut competat furtum debet eſſe factum. *ibid.* contra quem competit. *ibid.* & *b.* in ſolidum contra heredem datur. *ibid.* an & contra eum qui ope conſilio juvit. *ibid.* contra quem, ſi filiusf. furtum fecit. *ibid.* cui detur. 303. *a*, *b.* ad quid detur. *ibid.* 304. *a.* quid ſi fur purget ſuam moram. *ibid.* & *b.* an neceſſaria hæc ſit actio. *ibid.* Condictio incerti competit ei cujus non dominium fuit, ſed poſſeſſio. *ibid.* 305
Condictio indebiti. 297. ſimili modo naſcitur ac ex mutuo. *ibid.* eſt revera tamen quaſi tantum ex contractu. 298. *a.* debet aliquid eſſe ſolutum, atque hoc quid notet. *ibid.* porro per errorem debet eſſe ſolutum. *ibid.* quid ſi per errorem juris fuerit ſolutum. *ibid.* *b.* quomodo indebitum accipiendum ſit. 299. *a*, *b.* 300 *a*, cui detur hæc condictio. *ibid.* contra quem. *ibid.* *b.* ad quid. *ibid.* 301. *a.* quando ceſſat. *ibid.* *b.*
Condictio ex lege. 305
Condictio triticiaria quæ fuerit ignoratur, nec dum enim eſt recte expoſita. 305
Condictio ob turpem vel injuſtam cauſam. 296. diſtinguendum cujus ſit turpitudo. *ibid.* 297. *a*, *b.*
Conductio vide Locatio.
Conſtituere etiam dicuntur JCti. 200. *b.*
Conſtituta pecunia. 312. de ea Prætoris Edictum. *ibid.* *a.* actio ex eo viſa eſt quaſi ex delicto naſci. *ibid.* qui hac actione teneantur. *ibid.* & *b.* quid pecuniæ nomine hic veniat. *ibid.* quomodo pecunia debita eſſe debeat. *ibid.* *b.* 313 *a.* in quantum pro alio conſtitutum ſit utile. *ibid.* an aliud pro alio conſtitui poſſit. *ibid.* ex qua cauſa debitum eſſe debeat. *ibid.* & *b.* quo jure. *ibid.* conſtituere quid notet. 313. *b.* 314. *a.* nudo pacto fit. *ibid.* & *b.* an abſque diei adjectione. 315. *a.* an conſtitui poſſit pecunia ſub conditione debita. *ibid.* actio conſtitutoria. *ibid.* *b.* requirit moram rei. *ibid.* non tollit actionem principalem. 316. *a.* ad quid detur hæc actio. *ibid.* *b.* eſt rei perſecutoria. *ibid.* 317
Conſul quis, ejuſque juriſdictio. 40, 41
Lis Conteſtata quando dicitur, ejuſque effectus. 146. *a.*
Continentia cauſæ facit forum competens. 154. *b.*
Contractus locus facit forum competens. 153. *b.*
Contraria actio nunquam ſpeciali Edicto fuit propoſita. 576. *a.*
Corona victoriam certaminis notat 430. *a.*
Corporum genera varia. 407. *a*, *b.* 468. *a.*
Creditæ res. 272, 276. *a.*
Criminaliter agere quid. 146. *b.*
Criminis locus facit forum competens. 154. *a*, *b.*
Curatorum origo. 552. *b.* 553. *a*, *b.* a quibus petantur. 557. *b.* 558. poſſintne minores ſine curatoribus eſſe. *ibid.* 113. *a*, *b.* curationis cauſa non tutelæ ſed negotiorum geſtorum actio datur. 575. *b.* quamvis abuſive interdum tutelæ dicatur. *ibid.* an curator alienare queat, vide *Minorum bona.* Curatores furioſorum & prodigorum. 588. eorum origo apud Romanos. *ibid.* 589. *a.* quamdiu munus ſuum reſpectu eorum ſervent. 590. *a.* quibus porro dentur curatores. *ibid.* qui curatores dari poſſint. *ibid.* Curationis effectus. *ibid* *b.* Vide communia porro in *Tutor.*

D.

D*ebere* interdum non neceſſitatis, ſed facultatis eſt. 183. *b.*
Defenſor quis. 82. *a.*
De his qui effuderint vel Dejecerint. 227. quando actio illa locum habeat. 228. *a.* ad quid detur. *ibid.* cui detur. *ibid.* adverſus quem. *ibid.* *b.* quid ſi homo liber perierit. 229. *a.* quid ſi corpori ejus ſit nocitum. *ibid.* quid ſi ſervus dejecerit. *ibid.*
Delictum eſt malus contractus. 276. *a.*
Depoſitum. 363. Edictum de eo. *ibid.* depoſitum unde dicatur. 364. *a.* quid ſit. *ibid.* ab eo ſequeſtrum non ſeparatur. *ibid.* *b.* 365. *a.* ſequeſtrum quid ſit, & quotuplex. *ibid.* ſequeſtrari queat. *ibid.* quis poſſideat rem ſequeſtratam. *ibid.* *b.* depoſiti directa actio. 366. *a.* cui competat.

Digitized by Google

tat. *ibid. & b.* quid ſi area cluſa fuerit depoſita. 367. *a.* contra quem hæc detur actio. *ibid. & b.* ad quid. 368. *a.* quid in hanc actionem veniat. *ibid.* 369. *a.* res ſtatim eſt reſtituenda. *ibid. b.* dolus præſtandus eſt. *ibid.* 370. *a.* quæ alia in hanc actionem veniant. *ibid. b.* ſpecialia in depoſito miſerabili. *ibid.* depoſiti actio contraria. 371

Dictum, quid. 456. *a.*

Dies quis. 63. *b.* dies feſtionum qui. *ibid.*

Dilatio quæ. 63. *a.* cui a judice concedatur. *ibid.* quatenus in diverſis cauſis. *ibid. & b.* earum effectus. *ibid.*

Divortium. 521. *b.* quid; ſimplex eſt. *ibid.* modus ejus. 522. *a, b.* a quibus mittatur. *ibid.* 523. *a.* injuſti divortii pœnæ. *ibid & b.*

Diviſionem omnem reſpuunt jura. 238. *a.*

Dividere non eſt ſcindere, hoc enim eſt perdere. 240. *b.*

Dolum malum abeſſe, cautio. 146. *a.*

Dolus quomodo emendetur, vide *Reſtitutio.*

Dolus unius an alteri noceat, ut de eo teneatur. 564

Domicilium quotuplex? 552. *b.* 553. *a.*

Dominium quid. 59. *a.* quotuplex. *ibid.* modi ejus acquirendi. *ibid.*

Domini poteſtas in ſervum. 22. *a, b.* 23. *a.*

Domus relatio ad aream. 393. *a.*

Donatio quid, & quotuplex. 512. *a, b.*

Donatio inter virum & uxorem. 509. moribus prohibitæ ſunt. *ibid. a.* confirmatæ poſtea oratione Severi & Antonini. *ibid.* eamque ſequuto SCto. *ibid.* cauſa prohibitionis. *ibid. & b.* non habet locum inter ſponſos. *ibid.* an ubi matrimonium juſtum non eſt. 510. *a.* an inter concubinos. *ibid. & b.* Prohibitio hæc extenſa eſt ad eos, qui in ejuſdem poteſtate ſunt. *ibid.* 511. *a.* Prohibitio illa durat tantum conſtante matrimonio. *ibid.* ideoque non pertinet ad donationes mortis cauſa. *ibid.* aut quæ divortii cauſa fiunt. *ibid. b.* aut exilii cauſa. *ibid.* Donationes prohibentur. *ibid.* 512. *a, b.* quibus alter ditior, pauperior alter fit. *ibid.* 513. *a, b.* hinc oſmixrum donatio eſt licita. 514. *a.* ut & fructuum. *ibid.* induſtrialium ſeil. *ibid. b.* an etiam pauperior fit qui non adquirit. *ibid. b.* 515. *a.* quæ omnia benigne, non amare ſunt perpendenda. *ibid. b.* Donatio contra Orationem facta ipſo jure eſt nulla. *ibid.* 516. *a, b.* an poſſeſſio tranſeat in donatarium. *ibid.* 517. *a.* Poſtea Oratio Antonini induxit, ut hæ donationes donatoris ſilentio confirmarentur, ſi is prior vita deceſſerit. *ibid. b.* An & promiſſio de donando eodem modo confirmetur. *ibid.* 518. *a.* Donans prior debuit deceſſiſſe. *ibid. b.* naturaliter. *ibid.* quid ſi civiliter. *ibid.* 519. *a.* nec donantem pœnituiſſe debuit. *ibid.* pœnitentia non facile eſt præſumenda. *ibid.* quid ſi donans res donatas pignori obligaverit. *ibid.* Confirmatio donationum pertinet ad omnes perſonas quæ ob matrimonium donare vetabantur. 520. *a.* Donatio, quæ ita convaleſcit, ſi 500. ſolidos excedat, aut acta inſinuata eſſe debet, aut teſtamento confirmata. *ibid. b.*

Dos vel ſpectat ad rem, vel ad negotii geſtionem. 499. *a.* utriuſque ſenſus definitio. *ibid.* eſt donationis ſpecies. *ibid.* ſub conditione fit *ſi nuptiæ ſequantur.* *ibid.* & fit viro ad ſuſtinenda matrimonii onera. *ibid.* profectitia eſt vel adventitia. *ibid.* ut profectitia ſit, non neceſſe eſt filiam eſſe in patris poteſtate. *ibid. b.* ſed quidem ut de patris bonis ſit profecta. *ibid.* adventitia dos quæ. *ibid.* a quibus dos conſtituatur. 500. *a.* a volente muliere, aut alio quovis. *ibid.* a patre aut avo mulieri in ſua poteſtate conſtitutæ. *ibid.* mater dotare non tenetur. *ibid.* filiam locupletem pater qui eam in poteſtate habet, dotare tenetur. *ibid. & b.* ſed hoc jus laxavit Juſtinianus. *ibid.* frater eam dotare non tenetur. *ibid. &* 501. *a.* at tutor & curator dotare tenentur. *ibid. & b.* quæ res in dotem dari queant. *ibid.* omnes in commercio, etiam alienæ. *ibid.* 502. *a.* An rebus in dotem datis aliæ ſubſtitui, & dotales effici poſſint. *ibid.* res dotali pecunia a marito emtæ uxori non adquirunt. tantum competit ei dotis actio. *ibid.* dos vel finita eſt, vel infinita. 502. *b.* mulier omnia ſua bona in dotem dare poteſt. *ibid.* quibus modis dos conſtituatur. 503. *a, b.* quo tempore. *ibid.* conſtitutæ dotis effectus. *ibid.* maritus facta traditione fit dominus dotis. 504. *a, b.* dotis cauſa quo ſenſu dicatur eſſe perpetua. *ibid.* uxoris naturale dominium dotis. *ibid.* 505. *a, b.*

Dos ſoluto matrimonio reſtituitur. 524. interdum & conſtante. *ibid. b.* 525. *a.* qualis dos quo tempore reſtituatur, olim, hodie. *ibid.* mortua in matrimonio muliere, quo dos profectitia redeat. *ibid.* 526. *a.* adventitia dos quo. *ibid. b.* quid ſi divortio ſit ſolutum matrimonium. *ibid.* contra quem competat de dote actio. 527. *a.* ad quid detur. *ibid. & b.* quam culpam præſtet vir. *ibid.* de periculo rei dotalis. *ibid.* 528. *a.* de fructibus ejus. *ibid. & b.* quatenus detur de dote actio. *ibid.* 529

de Dote actio, etiam de adventitia, eſt communis patri & filiæ. 149. *a.*

Dotalis fundus. 506. Lex Julia de adulteriis capite quodam mariti dominium in eo certo modo adſtrinxit. *ibid. a.* ejus utilitas. *ibid. & b.* Ad ſponſum hæc lex eſt poſtea extenſa. *ibid.* de fundo lex egit. 507. *a.* pertinet etiam ad ædificia. *ibid.* non ad res mobilea. *ibid.* fundus dotalis intelligitur, qui jam traditus eſt. *ibid.* & quidem inæſtimatus. *ibid. b.* & Italicus. *ibid.* ſed porrectum id jus eſt ad provinciales. *ibid.* lex fundi alienationem interdicit viro invita uxore. *ibid.* facta hæc interdum confirmatur. *ibid. &* 508. *a.* Alienatio quid ſit. *ibid.* voluntaria reſpectu mariti etiam tantum intelligitur. *ibid.* Lex Julia etiam obligationem fundi prohibet marito, etiamſi uxor conſentiat. Juſtinianus idem juris eſſe voluit & in alienatione. *ibid.*

Dotales impenſæ. 529

Dotalia pacta. 505. quando fieri queant. *ibid.* quotuplicia ſint. *ibid. &* 506. *a.* an alter alteri hic ſtipulari queat. *ibid.* differentiæ inter patrem & extraneum quid excipientem. *ibid.* quomodo ſervetur pactum dotale. *ibid. b.*

Duplæ ſtipulatio, vide *Evictio.*

E.

Edictum de contrariis actionibus nullum fuit. 576. *a.*

Edictorum varia genera. 48. *b.*

Edictum Perpetuum, vide *Julianus.*

Editio actionis quando olim fuerit facta. 64. *a.* quotuplex editio. *ibid. b.* edere quid notet. *ibid.* quales actionum formulæ erant, quæ edebantur. 65. *a, b.* actio edenda, quid hic actionis appellatione veniat. *ibid.* 66. *a.* inſtrumentorum editio. *ibid. b.* an & reus ea edere debeat. *ibid.* argentarii ſuas rationes edere coguntur. *ibid. & b.* quid ſi edere nolint. 68. *a.*

De his qui Effuderint vel dejecerint, vide in *dejecerint.*

Emancipatio quid. 32. *b.*

Emphyteuſis. 429. *b.* unde dicatur. *ibid.* a quibus conſtituebatur. *ibid.* jus emphyteutæ. *ibid.* in quibus fundis conſtituatur. *ibid.* a quo fuerit hic contractus ſpe-

cialis factus. *ibid.* 430. *a.* ad quem pertineat fundi interitus. 430. *a.* ad emphyteuſin non requiritur ſcriptura. *ibid.* quando emphytenta jus ſuum amittit. *ibid.* & *b.* quid ſi jus ſuum in alinm transferre velit. *ibid.*

Emphyteutæ quæ actio in rem competat. 209

Emtio quid. 386. *a*, *b.* ejus ſubſtantialia. *ibid.* conſenſus. *ibid.* 387. *a.* quid juris ſi arrhæ ſint datæ. *ibid.* & *b.* pretinm verum. *ibid.* 388. *a*, *b.* certum. *ibid.* 389. *a.* etiam in arbitrium alterius contrahentis collatum ſuſtinebitur, adhibita certa interpretatione. *ibid.* quid ſi in tertii arbitrium. 389. *b.* 390. *a*, *b.* 391. *a.* pretium in pecunia numerata conſtare debet. 391. *b.* 392. *a.* *b.* mera quæ. 393. *a*, *b.* 394. *a*, *b.* non res extra commercium. 294. *b.* 295. *a*, *b.* non vinum &c. Barbaris. *ibid.* non venena mala. 396. *a.* non domus ut deſtruatur. *ibid.* an res pupilli a tutore. *ibid.* & *b.*

Emtio perfecta transfert etiam ante traditionem rei periculum in emtorem. 412. 413. 414. de quantitate ad corpus vendita. 414. *a.* de ea quæ deguſtanda eſt. 414. *b.* quid ſi ſub conditione ſit emtum. *ibid.* 415. *a.* de commodo rei venditæ. 415. *b.* 416

Emti actio. 418. cui detur. *ibid.* *a.* ad quid. *ibid.* & *b.* contra quem. *ibid.* 419. *a.* qui cogatur ad rem tradendam. *ibid.* & *b* 420. *a.*

Emtionis reſciſſio. 406. ea fieri nequit ex pœnitentia unius, ne quidem ſi arrhæ fuerint datæ. *ibid.* 407. *a.* at quidem ex conſenſu mutuo. *ibid.* *b.* etiam ob dolum aut metum, *ibid.* an ob errorem. *ibid.* 408. *a*, *b.* 409. *a*, *b.* emtio aliquando valet ex parte emtoris, cum non valeat ex parte venditoris. 409 *b.* Error in pretio, quo læſio ultra dimidium veri pretii contingit, reſciſſioni facit locum. 410. *b.* etiam ſi emtor ſic læſus ſit. 411. *a*, *b.* etiam in aliis negotiis bonæ fidei. 412

de Eo quod certo loco. 305. conf. *Loco.*

Ercifcere eſt dividere. 237

Evictio. 463. quid. *ibid.* *a.* duplæ ſtipulationis formola. *ibid.* nuda repromiſſio eſt. *ibid.* omiſſa hac ſtipulatione, ad quid detur actio ex emto. 463. *b.* 464. *a.* in caſibus aliis præter venditionem, datur utilis emti actio. *ibid.* duplæ ſtipulationis expoſitio, oportere emtori licere rem habere. 464. *a.* denuntiatio auctori facienda. *ibid.* *b.* quando evicta res dicatur ſic ut agi queat. 465. *a*, *b.* 466. *a*, *b.* quid ſi emtoris culpa ſit evicta. 466. *b.* de quali re evicta, poſſit evictionis nomine agi. 467. *a.* quid ſi pars ſit evicta. *ibid.* diſtinguendum qua actione agatur. *ibid.* & *b.* quid ſi uſus aut uſusfructus evincatur. 468. *a.* quid ſi ſervitus realis. *ibid.* *b.* 469. *a.* quibus actionibus agatur de evictione. *ibid.* fiſcus ſemper in ſimplum tantum obligatur. *ibid.* *b.* non ultra duplum promittere licet evictionis nomine. 470. *a.* quomodo duplum accipiatur. *ibid.* *b.* & 471. *a*, *b.* quid de ſumtibus in rem evictam factis eſt ſtatuendum. 472. *a.* de evictione actione emti non agit, qui ſciens rem alienam emit. 472. *a.* *b.* quid ſi venditor ſit pactus, ne evictionem præſtaret. 472. *b.* an actio de evictione locum habet in re mancipio tradita. 473. evincenti interdum opponitur exceptio rei venditæ & traditæ. *ibid.*

Exceptio rei venditæ & traditæ 473

Exercitoria actio. 300. exercere navem quid notet. 327. *a.* quando huic actioni ſit locus. *ibid.* exercitor ex contractu Magiſtri hac actione tenetur. *ibid.* ſi contraxerit ſuper rebus, ſuper quibus eſt præpoſitus. *ibid.* *b.* cui hæc actio competat, contra quem. 328. *a.* ad quid. *ibid.* *b.*

Exheredatio an fieri poſſit ob alias cauſas, quam quæ *Nov.* 115, *c.* 3. memorantur? 160. *b.* 161. *a.*

Exheredandi licentiæ finis. 156. *a.*

Ad Exhibendum. 243. perſonalis eſt ea actio. *ibid.* *b.* ad quid detur. 244. *a.* cui competat. 245. *a.* & quid ei incumbat probandum. *ibid.* & 246. *a*, *b.* contra quem hæc detur actio. 247. *b.* 248. *a.* an in heredem. *ibid.* judicis officium in hac actione. *ibid.* quando exhibenda res eſt. 249. *a.* quomodo exhibenda. *ibid.* & *b.* 250.

Exiſtimatio quid. 73. *b.*

F.

Facti ignorantia, vide *Ignorantia.*

In Factum actio. 431

Famæ effectus, reſpectu habito ad præſumtionem. 477. *b.*

Familia quid. 237

Familiæ erciſcundæ actio. 237. ex XII. Tabb. orta. *ibid.* Prætoris Edictum de ea. *ibid.* competit ubi & hereditas peti poteſt. 238. *a.* non habet locum reſpectu quartæ impuberum adrogatorum, niſi utiliter. *ibid.* at habet locum reſpectu peculii filiifam. militis. *ibid.* inter coheredes. *ibid.* & bonorum poſſeſſores. *ibid.* eſtque actio duplex. *ibid.* diverſa ab hereditatis petitione. *ibid.* & *b.* in ea alter fatetur adverſarium ſibi eſſe coheredem. *ibid.* non requiritur ut uterque poſſideat bona hereditaria. *ibid.* unica actio de pluribus hereditatibus inter eoſdem datur. 239. *a.* ad quid detur hæc actio. *ibid.* mixta eſt. *ibid.* in perſonam eſt, quaſi ex contractu, ſcil. ex communione nata. *ibid.* & *b.* hac actione omnia ſunt dividenda, quum ſemel tantum queat inſtitui. *ibid.* non habet locum ſi teſtator ipſe bona ſua diviſerit, uti nec reſpectu nominum. *ibid.* quomodo circa hæc diſponere quid queat judex. *ibid* 240. *a.* quid de malis medicamentis & libris improbatæ lectionis judex facere debeat. *ibid.* nec veniunt in hoc judicium improbe acquiſita. *ibid.* quid de tabulis teſtamenti ſtatuendum. *ibid.* & *b.* aut cautionibus hereditariis. *ibid.* quomodo diviſio inſtituenda *ibid.* quæ præſtationes perſonales ſint, quæ huc veniunt. *ibid.* hanc actionem excludit actio negotiorum geſtorum. *ibid.* 241. *a.* coheres tantum de levi culpa tenetur. *ibid.* condemnationis omiſſio in uno coherede, aliorum condemnationes infirmat. 241. *b.* adjudicationum effectus. *ibid.*

Femina dicitur de homine molli & effeminato. 543. *a*, *b.*

Feminæ a virilibus officiis arcentur. 354. *b.* 355. *a.*

Feras beſtias alere non licet, qua vulgo iter ſit. 225. *b.*

Feriæ quid ſint. 61. *a.* quotuplices. *ibid.* *b.* 62. *a.* earum effectus. *ibid.* & *b.*

Fideicommiſſaria hereditas ex SC. Trebelliano non tantum re ipſa, ſed verbo quoque reſtituitur. 203. *b.* *pr.*

Fideicommiſſarius utili hereditatis petitione utitur, quia ſuam eſſe hereditatem jure Prætorio dicere poteſt. 189

Fideicommiſſorum juriſdictio penes quos. 152. *b.*

Fidejuſſor tutoris etiam ex nudo pacto tenetur. 579. *a.*

Fiducia quæ. 321. *a.*

Filiusf. an perſonam ſtandi in judicio ut actor habeat? 148. *a*, *b.* 149. *a.* an ut reus. 150. *a*, *b.*

Filiusf. cum patre una habetur perſona. 539. *a.*

Filiusf. ex omnibus cauſis æque tenetur ac paterf. 335. *a.* ergo & poſt emancipationem manet civiliter obligatus. *ibid.* & *b.* ideo beneficium competentiæ ei tunc certo modo eſt conceſſum. *ibid.* 336. *a*, *b.*

Finium regundorum actio. 233. profecta eſt a lege XII. Tabb. *ibid.* ejus

ejus de finibus capita. *ibid.* quando ſit huic actioni locus. *ibid.* 234. *a.* inter quos detur. *ibid. b.* 235. *a.* ad quid. *ibid.* arbiter, menſoris interventu, declarat ſi poteſt antiquos fines. 235. *b* miata actio eſt. 236 *a.*
Focaria quæ ſit. 510. *b.*
Forum competens quod? 552. *a.* *& ſeqq.*
Fraus, veteribus pro pœna ponebatur. 454
Fructus quid. 596. *b.* quotuplices. *ibid.* eorum acquiſitionis jus. *ibid.* 597. *a, b.* 598. 599.
Fructus quid complectantur. 528. *a, b.*
Fugiens i. e. reus. 547. *a.*
Fugitivus quis ſit. 258. *a.* eorum pœna. *ibid. b.*
Funeraria actio, vide *Religioſus.*
Funeria ſumtus, vide *Religioſus.*
Furioſus quis. 589. *a.*

G.

Gentilis quis. 546. *b.* 547. *a.*
Germani qui ſint? 162. *b.*
Gerere quid ſit. 98. *b.*
Geſtum quid notat. 108. *a.* 116. *a.*
Grex vindicari poteſt. 195. *a.* 193 *a.*

H.

Habitatio quid. 210. ea regulis juris non eſt tertia ſpecies ſervitutis perſonalis. *ibid.*
Heliocaminus idem cum ſolario. 212. *a.*
Hereditas quid ſit. 175. *b.*
Hereditas, quatenus jus eſt, reſpuit diviſionem. 238. *a.*
Hereditatis vendi poteſt. 400. hominis mortui. *ibid.* quid, ſi vivi hereditas vendatur, aut quæ aliter nulla eſt, aut ad venditorem non pertinet. *ibid.* ſtipulatio emtæ & venditæ hereditatis. *ibid.* 401. *a.* quid ad emtorem pertinere debeat. *ibid.* venditor non præſtat evictionem rerum ſingularum. *ibid. b.* an præſtandum emtori id quod ea impuberis ſubſtitutione pervenit ad venditorem coheredem & ſubſtitutum. *ibid.* emtor non ſit heres. *ibid.* quæ lucra & damna ad emtorem pertineant. 402 *a, b.* portio hereditatis adcreſcit venditori. 403. 404. ſed emtori eſt reſtituenda. 404. *a.* 405. *a.* quid venditor emtori præſtare debeat. *ibid.*
Hereditate vendita, quo titulo habeantur res hereditariæ. 204. *a.*
Heredis nomine quis veniat interdum. 264. *b.* 265. *a.*
Homines aut naſcituri ſunt, aut jam nati. 17. jus matris & patris in fœtum & partum. *ibid.* 18. *a.* ſunt & vel maſculi vel feminæ. *ibid.* vel majores natu, vel minores. *ibid.* hique puberes aut impuberes. *ibid. & b.* ſunt & vel liberi vel ſervi. *ibid.*
Honeſtas pro dignitate. 536. *a.*
Honorarium quid. 374. *a.*
Hoſpes quis. 228. *b.*
Hypotheca vide *Pignus.*

I.

Jactus vide *Rhodia lex.*
Ignorantia quid ſit. 481. *a.* alia juris eſt, alia facti. *ibid.* facti ignorantia aut facti proprii eſt aut alieni. *ibid.* hæc plerumque tolerabilis eſt. *ibid. & b.* Juris ignorantiæ effectus. *ibid.* 482. *a.* quibus permittitur jura ignorare *ibid. & b.* Ignorantia juris naturalis non excuſat, ſed miſeratione ætatis pœna interdum minuitur. 483. *b.*
Impenſæ quotuplices. 200. *a.* quid juris in illis ſit. *ibid. & b.* 201. *a.*
Impenſæ in res dotales quo jure gaudeant. 529
Incerta nomina quæ ſint. 337. *a.*
Inceſtus quis & quotuplex. 490. *b.* *& ſeqq.*
Indigni cura legum. 259. *a, b.*
Infamia quid. 73. *b.* 74. *a.* eam Prætor infligit dupliciter vel ipſo jure, vel ſententia judicis. *ibid. b.* infames ſunt miſſi ab exercitu. *ibid.* 75. *a, b.* qui artis ludicræ pronuntiandive cauſa in ſcenam prodierit. 75. *b.* 76. *a, b.* qui lenocinium fecerit. 76. *b.* 77. *a.* qui in judicio publico calumniæ, prævaricationiſve cauſa quid feciſſe judicatus erit. 77. *a.* qui furti &c. ſuo nomine damnatus pactuſve erit. *ibid. & b.* 78. *a, b.* 79. *a.* qui pro ſocio &c. ſuo nomine, non contrario judicio, damnatus erit. 79. *a, b.* qui mulierem &c. antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit &c. 80. *a, b.* 81. *a, b.* an & alii nonnulli interpretatione Edicto includantur. *ibid.* 82.
Ingenuus quis ſit. 20. *b.*
de *Inofficioſo teſtamento.* 555. vide porro in *querela.*
de Inſpicendo ventre, cuſtodiendoque partu. 534. 535
Inſtitoria actio. 333. utilitas hujus inductæ actionis. *ibid. a.* inſtitor quis ſit. *ibid.* locum habet hæc actio ex negotio inito cum inſtitore ſuper iis quibus eſt præpoſitus. *ibid. b.* cui, contra quem, & ad quid detur. 334. *a, b.*
Inſtrumentorum editio, vide *Editio.*
Inſtrumentorum fidem facientium nomine quid veniat. 478. *a.* pertinent ad probationem, non ad rei formam. *ibid.* quid requiratur ad inſtrumenti ipſius formam. *ibid.* non invocatio Divini numinis. *ibid. b.* inſtrumenta vel publica ſunt vel privata. *ibid.* eorum vis in probando. *ibid.* ſi manus negetur, quomodo inſtituatur ſcripturæ comparatio. *ibid.*
Intereſſe quo aſſurrexerit olim. 463. *b.* 464. *a.*
In Integrum reſtitutio, vide *Reſtitutio.*
Interrogatio in jure. 250. uſus ejus. *ibid. a, b.* actio ex reſponſione nata. 252. *a, b.*
Judex *quis?* 550. *a, b.* quotuplex? 551. *a.* a quo dari queat? *ibid.* quis dari poſſit. 551. *b.* 552. *a, b.*
De *Judiciis.* 545. *a.*
Judicium quid? ejus diviſio in civile & criminale. 546. *a.*
Judicii perſonæ quæ. 547. *a.*
In Judicio ſtandi perſonam qui habeant. 147. *b. & ſeqq.*
Lex Julia de fundo dotali, vide Dotalis fundus.
Juliani poteſtas in condendo Edicto Perpetuo. 317. *a.*
Jumentum quid. 401. *a, b.*
Jurgium etiam de quacunque lite dicitur. 235. *a.*
Juris ignorantia vide *Ignorantia.*
Jus pro more. 24. *b.*
Jus unde dicatur & quid ſit. 1. *a.* quæ notet. 3. *a.* dicitur etiam juriſprudentia. *ibid.* juris præcepta. *ibid.* juris diviſio. *ibid. b.* naturale jus quod. 4. *a.* jus gentium quid. *ibid. b.* effectus juris utriuſque. 5. *a, b.* 6. *a.* civile jus quid. 7. *a.* quotuplex. *ibid. b.* ſcripti partes. *ibid.* jus ſingulare quid. 51. *b.* jus non ſcriptum. 55. *b.* ejus requiſita. *ibid.* 56. *a, b.* ejus vis. *ibid.* 57. *a.*
In jus vocare. 53. a citare differt *ibid. a.* quid ſit. *ibid.* quomodo olim fieret. *ibid. b.* aliter poſtea 54. *a.* qui in jus vocari penitus, quinam quadantenus vetentur. *ibid. & b.* ſi contra edictum fiat, in quam pœnam quis incidat. 55. *a.* qui ritus in jus vocandi ſub Græcis Impp. fuerit obſervatus. *ibid. b.* *Si quis in jus vocatus non ierit: ſive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.* 55, 56. *In jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.* ibid. *Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat.* ibid. quæ actio eo nomine detur. *ibid. b.* ad quid tendens. 57. in jus vocari ſatiſdatio. *ibid.* 58. *a.* qui jurato caveant. *ibid. b.* 59. *a.* qui nuda repromiſſione defungantur. *ibid. b.* *Si ex noxali cauſa agatur, quemadmodum caveatur.* 59. *De eo per quem factum erit, quo minus in judicio ſiſtat.* 60. qua actione teneatur, *ibid. a.* cui ea detur. *ibid. & b.* contra quem. *ibid.* ad quid. 61. *Si quis cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit.* 61. quomodo coer-

coërceatur. *ibid.* excuſatur ob ferias, & dilationes. *ibid.* & *ſeqq.*

JCtorum veterum in invicem refutando verecundia. 565. *a.*

Juriſconſultorum reſponſa. 10. *a*, *b.*

Juridicus Alexandriæ. 47

Juriſdictio. 48

Jurisjurandi etymon. 278. *a.* definitio. *ibid.* & *b.* quotuplex ſit. *ibid.* promiſſorii vis. *ibid.* qualis ejus quod libertus patrono præſtat. 279. *a.* Aſſertorii diviſio. *ibid.* Voluntarium quod. *ibid.* Neceſſarium quod. *ibid.* Judiciale quod. *ibid* plura Edicti de jurejurando capita fuere. *ibid.* *b.* cui deferri jusjurandum queat. *ibid.* in quibus cauſis. 280. *a.* quo modo deferatur. *ibid.* a quo 281. *a*, *b.* quid ſit remittere jusjurandum. *ibid.* 282. *a.* Effectus jusjurandi delati, & a seo præſtiti aut ei remiſſi. *ibid.* *b.* quod actionem in eum Prætor deneget. *ibid.* 283. *a.* Effectus jurisjurandi actori delati, & ab eo præſtiti ſive remiſſi. *ibid.* *b.* quod Prætor ei actionem det. *ibid.* qualem. 284. *a.* ad quid tendentem. *ibid.* *b.*

Jusjurandum delatum in judicio præſtandum, referendum aut ſolvendum eſt. 284. *a.* 285. *a*, *b.* modo deferens paratus ſit jurare de calumnia. *ibid.* 286. *a*, *b.* cauſæ recuſandi jurisjurandi. *ibid.* 287. *a*, *b.* Judiciale jusjurandum a judice defertur. *ibid.* in cauſis dubiis. *ibid.* quæ hæ ſint. *ibid.* non ſi unus teſtis adducatur. *ibid.* 288. *a.* effectus præſtiti hujus jurisjurandi. *ibid.* *b.*

Jusjurandum in litem. 195. *a.* 289. quid ſit. *ibid.* *a.* quotuplex ſit. *ibid.* affectionis quodnam ſit. *ibid.* & *b.* quibus in cauſis locum habeat. *ibid.* 290. *a*, *b.* 291. *a*, *b.* & hic culpa lata dolo æquiparatur. *ibid.* quis hoc jusjurandum deferat. 292. *a.* cui. *ibid.* & *b.* quatenus juretur. *ibid.* 293

Juriſprudentia idem cum jure eſt. 3. *a.* quid ſit. *ibid.*

Juſſus vide *Quod juſſu.*

Juſtitia quid ſit. 1. *a*, *b.* diviſio ejus Ariſtotelica. 2. *a*, *b.*

L.

Lautumiæ pro carcere. 259. *b.*

Legatus Proconſulis. 54

Legitima quid. 169. *b.* quo titulo relinquenda? *ibid.* quando inducta ſit. *ibid.* quanta olim fuerit. 170. *a*, *b.* quo tempore bona ſint conſideranda, quorum pars eſt legitima. *ibid.* quæ iis ante ſint deducenda. 171. *a.* Quænam legitimæ imputentur. 171. *b.* 172. *a.* Quid ſi tota legitima non ſit relicta? 172. *a*, *b.* Quanta hodie legitima ſit. 172. *a.* Actio ad ejus ſupplementum quamdiu vivat. 173. *b.*

Legitimatio quid. 27. *a.* qui legitimentur. *ibid.* quibus modis. *ibid.* & *b.* Ubi ſubſequente matrimonio ſit requiruntur dotalia inſtrumenta. *ibid.* *a.* & *b.*

Lenonum turpitudo. 259. *a*, *b.*

Lex in genere quid. 11. *a.* &c. ejus virtus. 12. *b.* 13. *a.* legibus ſolutus quis dicatur, & ſit. *ibid.* & *b.* legis interpretatio. *ibid.* 14. *a*, *b.* 15. *a.*

Lex Populi Romani quid. 7. *b.* 8. *a.*

Lex dicitur de SCto. 337. *a.*

Legum cura indigni. 259. *a*, *b.*

Libertas quid. 18. *b.* 19. *a.* liberi aut ingenui ſunt aut libertini. 20. *b.* aut cives Romani, aut peregrini. 22. *a*, *b.* aut ſui aut alieni juris. *ibid.*

Libertatis favor. 147. *b.*

Libertinus quis. 21. *a.* quotuplex. *ibid.* *b.*

Litis conteſtationis obligatio. 196. *a.*

Locatio duplex alia rerum, alia operarum. 421. *a.* locator quis, conductor quis dicatur. *ibid.* locationis definitio. 421. *b.* emtioni vicinus contractus eſt. *ibid.* in conſenſu. *ibid.* mercede. *ibid.* 422. *a.* quæ tamen favore rei ruſticæ in certa fructuum quantitate conſtitui poteſt. *ibid.* quæ res locari poſſint. 422. *b.* 423. *a.* Conducti actio. *ibid.* *b.* conductor rem iterum alteri locare poteſt. *ibid.* ſola detentio ad conductorem tranſit. *ibid.* 424. *a.* non poſſeſſio. *ibid.* nec regulariter dominium. *ibid.* locator præſtare debet uti frui licere. *ibid.* & *b.* quid ſi vis major obſtiterit. *ibid.* 425. *a*, *b.* conductor indemnis ſervandus eſt. 426. *a*, *b.* 427. *a.* locati actio ad quid detur. *ibid.* & *b.* 428. quæ culpa in hanc actionem veniat. 428. *b.* 429. *a.* conductor eſt dominus uſus. 429. *a.*

Locus quid. 191. *b.*

Loco certo ex ſtricti juris negotio ſolvendum, qua actione alio in loco peti queat. 305. Prætoris de ea edictum. 306. *a.* ejus neceſſitas. *ibid.* in ſtricti juris negotiis utilis eſt hæc actio. *ibid.* & *b.* quid ſi alternative ſit obligatio concepta. 308. *a*, *b.* 309. *a.* judicis officium in hac actione. 309. *b.* cujus intereſſe inſpiciatur. 310. *a.* an hoc pertineat ad fidejuſſorem. *ibid.* *b.* 311. *a.* *b.*

Luctus ſervandus, & non ſervati pœna. 80. *a*, *b.* 81. *a*, *b.*

Lumen diverſum ab apertura parietis. 212. *b.*

Lupanaria etiam in honeſtorum virorum prædiis exercebantur. 179. *a.*

M.

Macedonianum SCtum. 336. quid caverit. 337. *a.* quando factum. *ibid.* qua occaſione. *ibid.* fœneratorum avaritia. *ibid.* *b.* quis hujus SCti beneficio gaudeat. *ibid.* 338. *a*, *b.* 339. *a.* quodnam mutuum prohibeatur. *ibid.* & *b.* uſurarium, an & nec uſurarium. *ibid.* datio mutui eſt prohibita, non promiſſio. *ibid.* quid ſi contra SC. fuerit factum. 340. *a*, *b.* quid ſi fœnerator ignoravit eſſe filiumf. *ibid.* 341. *a.* quid ſi pupillus crediderit. *ibid.* quid ſi filiusf. *ibid.* quid in duobus credendi reis juris ſit. *ibid.* *b.* in duobus filiisf. debendi correis. *ibid.* cui detur SCti exceptio. *ibid.* 342. *a.* quando ceſſet ex perſona patris. *ibid.* & *b.* ex perſona filii. *ibid.* 343. *a.* *b.* quando SCti exceptio opponi poſſit. *ibid.* 344.

Magiſtratus an agere queant? 149. *b.* an conveniri? 150. *a*, *b.*

Magiſtratus ratione tutelæ quatenus conveniendi, conf. v. *Tutela.*

Mandatum quid ſit. 371. *a.* quomodo contrahatur. *ibid.* *b.* 372. *a.* qui a conſilio diverſum ſit. *ibid.* & *b.* gratuitum eſſe debet. 373. *b.* 374. *a.* quomodo ſolvatur mandatum. *ibid.* & *b.* mandati actio directa. 375. *a.* quando competat. *ibid.* ad quid detur. *ibid.* *b.* quæ culpa ſit præſtanda. *ibid.* 376. *a*, *b.* mandati actio contraria. 377. *a.* cui ad quid detur. *ibid.* quando ea ceſſet. *ibid.* *b.*

Manumiſſio quid. 21. *a.* quomodo fiat. *ibid.* & *b.*

Matrimonium uxorem interdum notat. 526. *a.*

Matrimonium vide *Nuptiæ.*

Menſor agri qualis. 260. *a.* honorarium tantum accipit. *ibid.* *b.* de culpa non tenetur. *ibid.* ſed ſi dolo falſum modum renuntiavit. *ibid.* renuntiare quid ſit. *ibid.* 261. *a.* hæc actio etiam competit, ſi cujus alterius rei menſuram quis renuntiaviſſe dicetur. *ibid.* ad quid detur hæc actio. *ibid.* & *b.* adverſus quem. *ibid.* heredi non in heredem datur. *ibid.* perpetua eſt. *ibid.*

Meretriciæ artis profeſſio. 296. *a.* 297. *a.*

Metu geſta, vide *Reſtitutio.*

Minor ætas quomodo juvetur, vide *Reſtitutio.*

Minorum privilegia non in eorum damnum interpretationem recipiunt. 149. *b.*

Minorum bona ſi ſine decreto vendita fuerint, habet minor actionem adverſus emtorem. 583. *a.* quia SCto prohibita eſt alienatio rerum

Digitized by Google

rerum immobilium eorum ſine decreto. *ibid. & b.* ſcil. æque tutoribus ac curatoribus. 584 *a.* & quidem alienatio prædiorum & urbanorum & ruſticorum. *ibid. & b.* etiam infructuoſorum. *ibid.* quid ſi minor in prædio emphyteuſin tantum habeat. 585. *a.* quid ſi uſumfructum. *ibid.* an ſervitus fundo minoris imponi, aut an ei debita remitti poſſit. *ibid.* ſic & Oratio prohibet alienationem manciporum ruſticorum. *ibid.* quænam e contrario juſſerit diſtrahi. *ibid. & b.* quod fere eſt ſublatum penitus. *ibid.* oppigneratio etiam vetatur. *ibid.* & in ſolutum datio. 586. *a.* quibus in caſibus diſtractio ſit licita. *ibid b.* quid ſi æs alienum tantum ſit, ut ea rebus cæteris non poſſit exſolvi. 587. *a.* quid in Provinciis ſervandum ſit. *ibid & b.* hæc cognitio Magiſtratus pro tribunali fieri debet. *ibid.* quid veniat in cognitionem illam. *ibid. b.* quid ſi Prætori fuerit obreptum. *ibid.* quid ſi ſorius ad diviſionem provocet. 588 *a.* alienationis contra SCtum factæ effectus. 588. *b.*

Miſſio a militia. 74. *b.* 25. *a.*

Miſſio mulieris in poſſeſſionem ventris nomine. 535

Monumentum quid. 264 *a, b.*

Morbus quid ſit. 452. *b*

Mulier includit etiam virginem. 408. *b.*

Mulier vide *Femina.*

Municipalium Magiſtratuum juriſdictio certo loco includitur. 152. *a. ad fin*

Munimenta ſepulchrorum quæ. 266. *b.* 267. *b*

Munus quid a donatione differat. 512. *b*

Mutuum quid. 272. *a.* an conveniri poſſit, ut plus reſtituatur, quam eſt datum. 273. *a.* ficta traditio ſufficit. *ibid.* dominium transfertur. *ibid & b.* effectus doctrinæ illius. *ibid.* conſumtione mutuum, non recte contractum, non convaleſcit, nec condictio quæ naſcitur, eſt quæ ex mutuo competit. *ibid.* ſed condictio ſine cauſa. *ibid.* tantumdem in mutuo eſt reſtituendum. 274. *a, b.* Edictum de mutuo. 275 *a.* Certum quid. *ibid.* certi condictionis origo & progreſſus. *ibid & b.* condictio certi ex mutuo. 276. *b.* cui detur. *ibid.* 277. *a.* contra quem. *ibid & b.* judicis officium in hac actione. *ibid.* 278. *a.*

N.

Natalium profeſſio. 120. *b.*

Nationum diverſa indoles. 454. *b.*

Nauticum fœnus. 474

Nautæ, caupones, ſtabularii, ſunt exercitores. 143. *a, b.* ſi ſalvum fore quid receperint. *ibid.* 144. *a.* niſi reſtituent, actione in factum tenentur. *ibid. b.* ad intereſſe. *ibid.* & ad præſtandam culpam omnem. *ibid.* Iidem tenentur & alia in factum actione pœnali, quaſi ex delicto in duplum de damno injuria dato, ab ipſorum miniſtris. 145. *a, b.* in navi, caupona, vel ſtabulo. *ibid.* quando ceſſet. *ibid.*

Negotiorum geſtor quis. 95. *a, b.* exempla varia. 96. *a, b.* 97. *a.* animus negotii pro altero gerendi requiritur. *ibid.* an actione negotiorum geſtorum is etiam teneatur, qui ex neceſſitate geſſit. *ibid. b.* cujus intelligantur negotia. 98. *a.* geſtum quid dicatur. *ibid. b.* tenetur interdum quia & de non geſto. *ibid.* negotiorum geſtorum directa actio cui detur. 99. *a.* contra quem. *ibid.* ad quid. *ibid. & b.* quam culpam præſtet. *ibid.* 100. *a* ad quas uſuras teneatur. *ibid. & b.* contraria actio cui, contra quem, ad quid detur. *ibid.* 101.

Noctarns qui. 228. *a.*

Nomina incerta quæ ſint. 337. *a.*

Novum jus quid ſit. 50. *a.*

Noxæ quotuplices. 453. *b.*

De Noxalibus actionibus. 231. in filiiſtam. amplius locum non habent. *ibid.* *a, b.* in ſervis locum habent, ſi deliquerint, cum dominus prohibere non poſſet. *ibid.* *noxia* quid. *ibid.* adverſus quem noxalis actio detur. *ibid.* 232. *a.* cui competat. *ibid.* ad quid detur. *ibid.* dedere ſervum noxæ quid ſit. 232. *b.* Bonæ fidei poſſeſſor ſervi noxali judicio conveniri poteſt. *ibid.* Quid ſi reus ſervum in ſua poteſtate eſſe neget. 233

Noxia qui. 226. *b.*

Nummularii qui. 67. *b.*

Nuptiæ, quomodo proprie diſtinguantur a matrimonio. 485. *a.* quid ſint nuptiæ. *ibid.* polygamia eſt illicita. *ibid.* conſenſus de conjonctione ſunt nuptiæ, conjunctio eſt ergo effectus nuptiarum. *ibid. & b.* conjunctio porro animorum intelligitur. *ibid.* nuptiæ quibus ritibus legitime fiebant. *ibid.* matrimonium jure gentium quo modo fuerit contractum. *ibid. &* 486. *a.* Quo ſenſu nuptiæ individua conjunctio eſſe dicantur. 486. *b.* Inter quos nuptiæ contrahantur. 487. *a.* inter cives Romanos. *ibid.* de ætate contrahentium. *ibid. b.* de conſenſu eorum qui eos in ſua habent poteſtate. *ibid. &* 488. *a* ex poſt facto is accedens efficit nuptias retro legitimas. *ibid.* filia emancipata minor nubens, quorum conſenſu egeat. *ibid.* interdum pater ad conſentiendum cogi poteſt. *ibid. b.* interdum nec ejus conſenſus requiritur. *ibid.* Ipſorum contrahentium conſenſus. *ibid. &* 489. *a.* de errore. *ibid. & b.* de metu. *ibid.* 490. *a.* de filiæfam. nubentis conſenſu. *ibid.* De cognatione. *ibid. & b.* 491. *& ſeqq.* De adfinitate. 494. *b.* 495. *a.* Aliæ juris civilis prohibitiones. 495. *b.* e. g. inter ſenatorem & libertinam. *ibid.* nimis ſenes. *ibid.* tutorem & quondam pupillam. *ibid.* 496. *& ſeqq.* eum qui officium in provincia habet & mulierem provincialem. 498. *a.* nuptiarum effectus. *ibid. & b.* quid ſi adverſus præcepta legum ſint factæ. *ibid.* Nuptiæ quomodo ſolvantur. 520. *a.* 521. *a.*

O.

Obligatio alteri per alterum liberum hominem regulariter non acquiritur. 563. *a.* an per tutorem. *ibid. & b.*

Obrepere quid. 587. *b.*

Obtemperare jus dicenti quis negetur, vide *Si quis.*

De Officio ejus cui eſt mandata Juriſdictio. 459

De Operis ſervorum. 208

Optare notat eligere. 28. *a.*

Origo juris. 11. *a.*

P.

Pactum. 69. dotale, vide *Dotale.*

Pariendi legitimum tempus. 26. *a, b.*

Partes rerum quotuplices. 467. *a, b.* 468. *a.*

Partus ancillæ ſitne interdum in fructu 179. *a.*

Partus quot naſcituri ſtatuantur interdum. 189

Partus cuſtodia. 534. 535

Pater quis ſit. 25. *b.* 26. *a.*

Patria poteſtas. 23. *a, b.* 24. 25. quibus modis ea acquiratur. 25. *b.* quomodo ſolvatur. 32. *b.* 33

Patria poteſtas in exheredando. 156. *a.*

Patresfam. qui non habeant perſonam ſtandi in judicio, ut actores. 149. *a, b.* qui, ut rei. 150 *b.*

Pauli liber: non *de ſeptemviralibus,* ſed *de centumviralibus judiciis* fuit. 156. *b.*

Si quadrupes Pauperiem feciſſe dicatur. 225. reſpectu ferarum beſtiarum hæc actio locum non habet. *ibid. a.* pauperies quid ſit. *ibid. b.* ad quid detur hæc actio. 226. *b.* cui detur. 227. *a.* contra quem. *ibid b.*

Peculium unde dictum. 344. *a.* quid ſit. *ibid. & b.* quid in peculio eſſe videatur. *ibid.* 345. *a.* quo-

Digitized by Google

quotuplex ſit. *ibid.* actiooi de peculio quando locus ſit. *ibid.* an & ſi oegotium cum filiaſ. ſit geſtnm. *ibid. & b.* an & cum ſervo. *ibid.* obligatur bac actione tam mas, qnam femina, etiam popillus. *ibid.* ex quo negotio detur hæc actio. 346. *a.* cui detur bæc actio. *ibid. b.* cootra quem. *ibid.* ad qnid. 347. *a. b.* quando actio de peculio annalis ſit. 347. & contra quem tuoc detur. 348. *a, b.*

Peculiom vindicari nequit. 191. *a.*

Per ejus vis in compoſitiooe. 254. *b.*

Pergulæ quæ? 154. *a.*

Periculnm rei ad quem pertioeat. 195. *b.*

Periculum rei veoditæ, vide in *Emtio.*

Permutstio quæ. 431

Perſonarum diviſiones, vide *Homines.*

Petitio bereditatis. 175. eſt actio in rem. *ibid. a.* etiam in perſonam facta auctoritate JCtornm, in Fori diſpuiatiooe interpreiantium SCtum eo ſpectans. *ibid.* quid actione illa petarur. *ibid.* competit ea illi qui bereditstem ſuam dicere poteſt. 176 1.*a.* cootra qoem ea detur. *ibid. & ſeqq.* non ſufficit, ut quis jactet & clamet ſe beredem eſſe, ot contra com detur bæc actio. 176. *a.* datur hæc actio etiam contra detentorem. 176. *b.* ooo contra enm qui titulo ſingulari poſſidet. 177. *a.* ideo reus hic titulum ſuæ poſſeſſionis edere teoetur. *ibid.* datur contra boootum poſſeſſorem. *ibid.* contra fideicommiſſarinm. *ibid.* contra eom, cui ut indigno fiſcus hereditstem abſtulit. *ibid. b.* an contra emtorem bereditatis? *ibid.* contra eum qui ſa liti obtulit. *ibid.* contra eum qoi dolo deſiit poſſidere. *ibid.* eſt hæc actio ex edicto Prætoris in rem: at ex Fori diſputatione ſecundum mentem SCti etiam in perſonam facta eſt. 178. *a.* atqoe iode eſt tandem bonæ fidei facta. *ibid.* Qoæ in hoc jndiciom veniant? *ibid. b.* 179. *a, b.* an poſſideri cœpta poſt litem conteſtatam? 180.*a.* SCtum circa præſtationes perſonales. 180.*b.* expoſitum. 181. *& ſeqq.* Caſus quo res ante litem conteſtatam perieruot, a malæ fidei poſſeſſore præſtatur. 182. *b.* Ad quid b. ſ. poſſeſſor teneatur. 182. *b.* De froctibus & uſuris quid dicendum ſit. 183. *a, b.* Rei diſtractæ pretium, an rem ipſam reſtituere malit, electionem b. ſ. poſſeſſor babet. 183. *b.* 184. *a.* Quid de lucris occaſione bereditatis perceptis ſentiendum. 184. *a, b.* Quo tempore b. ſ. poſſeſſor ut locupletior conſideretur. 185. *b.* 186. *a.* Rei, ſive poſſeſſoris, jus io eandem. *ibid. b.* Circa impenſas quid juris. 187. *a.* Circa debita bereditaria quid. *ibid. b.*

Si Pars bereditatis petatur. 188. 189

De fideicommiſſaria bereditatis petitione. 189

Picturæ acceſſionis jus. 192. *b.*

Pignus, quomodo ex eo actio in rem fuerit data. 432. *a, b.* ao differat ab hypotheca. 433. *a.* quid ſit piguus. *ibid.* cui obligationi accedar. *ibid. & b.* nudo pacto conſtitui poreſt. *ibid.* etiam tacito pacto. 434. *a.* pignus aliud geoerale eſt, aliud ſingulare. *ibid.* in ſpcciali conſiderandnm diligenter eſt quibus io rebus conſtituatur. 434. *b.* mutatio rei non tollit pignns. 435. *a.* ejns acceſſiones etiam obligantur. *ibid.* generale pignus. 435. *b.* etiam ad bona futura extenditur. *ibid.* non ad ea quæ veroſimiliter aliquis ne ſpecialiter quidem obligaſſet. *ibid.* 436. *a.* res pignerata deber tempore cooventionis in bonis obligaotis fuiſſe idque creditor in ſpeciali pignore probare debet. *ibid.* qui ergo poſſint conſtituere pignus. *ibid. & b.* ao res aliena pignerari qoeat. *ibid.* 437. *a, b.* 438. *a, b.* in bonis eſſe quid dicatur. *ibid.* pignori obligari poſſunt ſuperficies, fuodus, vectigalis, nomen, uſusfructus, noo ſervitus realis. 439. *a.* Non ſervi aratores, aut boves aratorii, aut inſtrumentum aratorium. *ibid.* ooo ſpes præmiornm, quæ pro coronis athletis penſitanda ſunt. *ibid.* actio in rem ex pignore vide *Serviana actio.* etiam exceptio. 442. *a.* pignoris venditio. 442. *b.* 443. quid ſi venditum evincatur. 444. *a.* jus circa pretium ex venditiooe redactum. *ibid. & b.* quid ſi emtor non inveniatur. *ibid.* pignus tacitnm & legitimum. *ibid.* 445. *a, b.* teſtamento quoque conſtituitnr. 446. *a.* & miſſiooe in poſſeſſionem. *ibid. b.* qoid ſi pignus pluribus ſit obligatum. 446. *b.* 447. *a, b.* quis prior tempore in pignore dicatur. 448. *a, b.* privilegium temporis prævogativam tollit. *ibid. & b.* 449. *a.* quomodo pigous tollatur. *ibid. & b.*

Pignus cootractus quid. 320. olim fiducia fuit adhibita. 321. *a.* quatenus ab bypotheca differat pignus. *ibid. & b.* actio pigneratitia. *ibid.* directa quando competat. 322. *a, b.* 323. *a, b.* 324. *a.* quid in baoc actionem veniat. *ibid. b.* quæ culpa. *ibid.* 325. *a.* quid ſi pignus pluris ſit venditum quam debebatur. *ibid. & b.* Contraria actio debitori datur, ad quid. *ibid.* 326

Primns Pilus quis. 445. *b.*

Polia eſt grex equorum. 462. *b.*

Poſſidere quid. 176. *b.* naturaliter quid. *ibid.* civiliter quid. *ibid* pro herede quid. *ibid.* pro poſſeſſore quid. *ibid.* 177. *a.*

Poſſeſſio vacua quid ſit. 418 *a, b.*

Poſſeſſoris b. ſ. jus in reſtituenda re. 195. *b.*

Poſſeſſor malæ fidei quis. 182. *a.* *tot.*

Poſſeſſoris m. ſ. jus io reſtitueoda re. 195. *b.*

De Poſſeſſoria bereditatis petitione. 189

Poſtulare quid. 70. *a.* a quo fiat. *ibid.* qui poſtulare poſſint. *ibid.* qui poſtulare in totum probibeantur. *ibid.* qui pro aliis poſtulare prohibeantur. *ibid. b.* ut feminæ. *ibid.* perſonæ turpitudine notabiles. 71. *a, b.* quibus pro ſe & pro certis tantum perſonis poſtulare licitnm ſit. 72. *a.* Legibus & Conſtitutionibus, qui poſtulare vetentur. *ibid. b.* 73. *a.* Judicis ſententia poſtulare quidam prohibentur. *ibid.* Qui pro aliis poſtulabant, quomodo vocari fueriot. *ibid. b.*

Plebiſcitum quid. 8. *a.*

Prædo quis. 182. *a.*

Præfectus Anguſtalis. 45.

Præfectns Prætorio quis. 41

Præfectus Vigilum. 43. 44

Præfectus Urbi. 42

Prægnans mulier quot partos interdum ſtatuatur editura. 189.

Præſcriptis verbis actio. 431

Præſes. 45

Præſtationes perſonales quid complectantur. 384. *a, b.* 385. *a.*

Præſumtio quid. 475. *b.* quotuplex eſt. 476. *a.* neceſſariæ effectus. *ibid* de reliquis. *ibid. &* 477

Præterito materna interdum pro exheredatione, interdum pro inſtitutione babetur. 160. *a.*

Prætor. 43. de cootrariis actioonibus ounquam nominatim edixit. 576. *a.*

Prætorum edicta. *a, b.* 10. *a.*

Precarium vide *Commodatum.*

Pretium ſuccedeos in locum rei. 179. *a.* 181. *b.*

Priocipum placita quæ. 8. *b.* lege Regia quid coofecuti Principes ſiot. *ibid.* 9. *a.* vide porro. 17.

Privilegium quid. 11. *b.*

Privilegium facit forum competens. 154. *b.*

Probatio. 474. quid. *ibid.* facta ſunt probanda, jus ſcriptum probare ooo eſt neceſſe. *ibid.* probatio fit ab eo qui ait. 475. *a.* ergo ab actore. *ibid.* interdum a reo. *ibid.* e. g. in exceptionibus. *ibid.* negatio oon probatur, niſi ſimpliciter affirmationem includat. *ibid.* judici eſt probandum. *ibid. b.* poſt litem conteſtatam. *ibid.* quotuplex ſit probatio. *ibid.* artificialis conſtat præſumtionibus. *ibid.*

Proconſul. 44

Pro-

Procorator quis. 82. a. origo procuratorum judicialium. ibid. 83. a. quibus in cauſis admittantur, & qui prnculatotem conſtituere poſſint. ibid. & b. 84. a. mandaro conſtituitur. ibid. b. procuratorer quotupliees ſint. 85. a. quomodo Prætor procuratorem judicialem admittat. ibid. b. qui ſine mandato pro actore admittantur. 86. a. procuratotis officinm. ibid. & b. quid ſi procurator in rem ſuam ſit. ibid. quid ſi tutor aut curator. 87. a. in defendendo mandante. ibid b. in re conventione. ibid. procuratoris illiur ſatiſdatio. 88 a, b. pœna procuratoris non defendentis aut ſatiſdantis. 89. a, b. in quibus sctionibus hoc locum habeat. 90. a. Procurator rei, quomodo ad judicium accipiendum cogarur. ibid. b. 91. a, b. Quando procurator mutari queat. 92. a, b. quomodo mutatio fiat. ibid. quinam procuratores date aut dari poſſint. ibid. 93

Procurator Cæſaris. 46

Prodigur quis. 589. a, b. 590. a.

Promiſſum, quid. 456. a.

Protutor. 577

Prudentum reſponſa, vide *Juriſconſulti.*

de Publiciana in rem actione. 202. ejus auctor incertus. ibid. Edictum de ea. ibid. cui hæc actio detur. ibid. 203, 204, 205, 206, 207, 208. bona fides ſufficit in emente, nec huic actioni obſtat, quod venditor callido conſilio vendiderit, quia dolus venditoris emtuti non nocet. 205. b. contra quem detur hæc actio. 208. b. 209

Pupillus ubi educari vel morari debeat. 570. Magiſtratus in hoc definiendo ad quid adtendat. ibid. 571. a. Prætor interdum cogit pupillum apud ſe recipere. ibid. alimenta quæ complectantur. ibid. quantum in ea tutori eſt impendendum. ibid. b. ad id tutius eſt tutori decreto Prætoris uti. ibid. 572. a, b. quid ſi tutor nolit præbere pupillo alimenta. ibid.

Q.

Quadrupes quid ſit. 225. a.

Quæſtor quis, quotuplex. 43

Querelæ de inofficioſo origo. 156. a, b. eſt Centumvirale judicium. ibid. non præparatio tantum, ſed ipſa hereditatis petitio. ibid. 157. a, b. quibus competat. 158. b. liberis. ibid. an adoptatis a femina? 159. a. an poſtumis? ibid. etiam alienis. ibid. b. exheredatis aut præteritis quomodo? 160. a. neceſſaria eſt, etiam ubi exheredationis cauſa non eſt inſerta. 160. b. competit parentibus. 161. a, b. fratribus & ſororibus. 162. a, b. priore ordine aut grado ad querelam non accedente, ſequens ordo aut gradus in ejus locum ſuccedit. 163. b. An *Nov.* 118. quid in his mutaverit? 164. b. 165. a. Contra quem detur querela. 165. a. b. Quid & quantum ea petatur. ibid. ſitne locus in ea juri adcreſcendi? ibid. 166. a. An exheredatus partem faciat. ibid.

Querelæ de inofficioſo teſtamento effectus. 166. b. 167. a. ejus repulſæ effectus. 168. a. Querela quando ceſſet. 168. b. 169. a, b. Is qui non queritur, fratri non ſemper facit partem; ſed tum demum, cum eſt quæſtio de computatione quartæ alteri legatæ. Aliud vero eſt, cum agitur de querela quæ ab initio pari jure poteſt moveri a duobus exheredatis, neutri relicta quarta legitima. 170. b. Querelæ quo temporis ſpatio præſcribatur. 173. a. Finitur ea morte exheredati. 174. a. Ceſſetne ea in teſtamento ſuper peculiis caſtrenſibus, & in militari. 174. b. An ubi libera teſtandi facultas eſt ab Imperatore conceſſa? 174. b.

Querens de inofficioſo olim docere debebat ſe immerentem, & ideo indigne exheredatum eſſe. 160. a.

Queri quorum ſit? 148. a. 156. b.

Quia pro *ubi.* 256. a.

De Quibus rebus ad eundem judicem eatur. 252, 253

Quod cum eo qui in al. pot. &c. 335. vid. *Filiusf.*

Quod juſſu actio. 350. quando competat. ibid. a, b. juſſus quid. ibid. quando detur. ibid. 351

Quod quiſque juris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur 50. pœna hujus Edicti. 51. a. pertinet etiam ad eos qui jus iniquum impetrarunt. ibid. an ad heredes eorum. ibid. b. quando ceſſat Edictum. ibid.

R.

Rationalis. 46

Rationibus diſtrahendis actio ex XII Tabb. deſcendit. 575. a. unde dicatur. ibid. ejus deſcriptio. ibid. & b.

Redhibere quid ſit. 457. b.

Religio loci quid efficiat. 191. b. 192. a.

Religioſus locus quis. 262. a, b. (conf. *Sepulchrum*) quis religioſum locum facere poſſit. ibid. 263. a. effectus ejus. ibid. quomodo locus deſinat eſſe religioſus. ibid. Edictum de cadavere injuſte illato. ibid. b. an detur actio ex eo. ibid. 264. a. contra quem. 265. b. ad quid. ibid. fuit actio de cadavere illato in locum purum alterius, ſequitur actio de cadavere in ſepulchrum alterius injuſte illato. ibid. ad quid ea detur. ibid. is qui tenetur hac actione quaſi reus eſt ſepulchri violati. ibid. Edictum de eo qui in locum publicis uſibus deſtinatum intulerit mortuum. 266. a. Edictum de eo qui locum religioſum pro puro vendidit. ibid. Edictum de ſumtibus funerum. ibid. actio ex eo dicitur funeraria. ibid. b. qui ſumtus illi ſint. ibid. 267. a. in quantum hæc detur actio. ibid. & b. 268. a. cui hæc actio detur. ibid. adverſus quem. ibid. b. privilegium actionis illius. ibid. b. 269. a. eſt perſonale. ibid. nec de pignoribus deducitur. ibid. at quidem de invectis & illatis, quamdiu ea his nihil pignoris jure præcluſum eſt. ibid. Edictum ut funus ducere liceat. ibid. & b. Interdictum de eo. 270. a, b. actio de eodem. 271. a. Interdictum de ſepulchro ædificando. ibid. b.

Religioſus locus, vide *Res.*

Repræſentare quid. 532. b.

Repudium quid. 521. b.

Res quomodo in quatuor ſpecies dividantur. 33. a. communes quæ. ibid. & b. a publicis jure naturali non ſunt diverſæ. ibid. 34, 35. res jure civili communes ſive publicæ, i. e. res univerſitatis. 36. a, b. res nullius. ibid. 37. a. ſacræ. ibid. religioſæ. 37. b. ſanctæ. ibid. 38. a. pœna eas violantium. ibid. b. 39. a. res ſingulorum. ibid. earum jura. ibid. & b. res porro ſunt corporales aut incorporales. ibid. corporales quotuplices iterum ſint. ibid. 40.

Res creditæ. 272, 276. a.

Rerum amotarum actio. 530. a Prætore cur inducta. ibid. a. Prætor & de uxore & de viro amovente locutus eſt. ibid. nec Edictum eſt ad concubinatum trahendum. ibid. at quidem ad patrem viri filiit. & nurum. ibid. b. amotæ res quæ dicantur, quid earum appellatione hic venit. ibid. debent res eſſe amotæ divortii cauſa, conſtante matrimonio. 531. a, b. quæ res mariti uxoriſve dicantur. ibid. 532. a. ſecutum debet eſſe divortium. ibid. hæc actio in perſonam eſt. ibid. ex delicto. ibid. b. dicitur & condictio. ibid. & eſt in ſimplum. ibid. ideoque rei perſecutio. ibid. eſt locus in ea jurijurando in litem. ibid. datur ſtatim poſt divortium. ibid. nec pœnalis nec famoſa eſt. ibid. heredi datur. 533. a. quid ſi filiafam. res viro amoverit. ibid. in hac actione conjuges beneficio competentiæ non gaudent. ibid. b. datur hæc actio & in here-

heredem. *ibid.* poteſt & conjux, interdum, jusjurandum alteri conjugi deferre, nihil eſſe amotum. 534

Rei uxoriæ actio quomodo ſublata fuerit. 529. vide *Dos ſoluta* &c.

Reſpublica pro minore habetur reſpectu in integrum reſtitutionis. 115. *b.*

Reſtitutio in integrum quid ſit. 104. *a.* cauſæ ejus. *ibid. & b.* petitur cauſa cognita. *ibid.* 105. *a.* quid in ea vertatur. *ibid.* ne ooo propter minimum quid petatur. *ibid. b.* nec plus ſemel eadem de re petatur. *ibid.* obi petenda illa eſt. *ibid.* intra quod tempus. *ibid.* 106. *a.* reſtitutioois effectus. *ibid. & b.*

Reſtitutio in iotegrum ob metum. 106. Edictum de ea. *ibid.* quis metus hic intelligatur. *ibid.* 107. *a, b.* Prætor metu geſta rata nou habet. 108. *a, b.* quomodo. *ibid.* 109. *a.* ſintne ita geſta ipſo jure nulla. *ibid. & b.* Actio quod metus cauſa. *ibid.* cui detur. *ibid.* cootra quem. 110. *a.* ad quid. *ibid. b.* 111. *a, b.* quamdiu. *ibid.* an in heredem detur. *ibid.* 112. *a, b.* quæ actiooes cum ea concurraut. *ibid.*

Reſtitutio in integrum ob dolum. 112.

Reſtitutio in integrum ob minorem ætatem. 112. quæ minor ætas ſit. 113. *a.* lege Lætoria fuit definita. *ibid.* curatorum minorum hiſtoria. *ibid. & b.* venia ætatis quando iis coocedatur. *ibid.* quo tempore minor læſus eſſe debuerit, ut in integrum reſtituatur. *ibid.* 114. *a, b.* quid ſi quis die biſſexto fuerit natus. 115. *a.* an tam patriſ. quam filioſ. hic ſubveniatur. *ibid.* hoc remedium ad ſervum non pertioet. *ibid.* quid minori dum læſus eſt tutor aut curator ejus adfuerit. *ibid. b.* Reſpubl. pro minore habetur. *ibid.* a quibus rebus in integrum reſtituatur. 116. *a.* qua forma ſiat reſtitutio. *ibid. b.* quid io cauſæ coguitione vertatur. 117. *a.* effectus reſtitutionis. *ibid. b.* au minor cootra minorem reſtituatur. 118. *b.* an & ejus fidejuſſori hæc reſtitutio proſit. *ibid.* 119. *a.* eſt hæc reſtitutio ultimum minoris auxilium. *ibid.* quibus in cauſis ceſſet in integrum reſtitutio. 120. *a, b.*

Reſtitutio in integrum ob capitis deminutionem. 121, 123. *a, b.* conf. *Capitis deminutio.*

Reſtitutio in integrum ob abſentiam etiam majoribus xxv. annis competens. 123. conceditur ſi quid deminutum fuerit de bonis abſentis. 124. *a.* quæ abſentia intelligitur. *ibid. & b.* 125. *a, b.* læſio per abſentiam quomodo contingat. 126. *a.* an refert, reliqueritne quis procuratorem an non. *ibid. b.* quid ſi abſens læſerit alterum. 127. *a, b.* variæ abſentiæ Cauſæ. *ibid.* 128. *a.* reliqua h. tit. vide mox.

Reſtitutio io integrum, ex generali Edicti clauſula, *Item ſi qua mihi alia juſta cauſa eſſe videbitur.* &c. 128. *a. b.* quid a Prætore reſtituatur. 129. *a, b.* & quidem reſtitutio in rem ſit. 130

Reſtitutio in integrum ob alienationem judicii mutaudi cauſa factam. 130. forma ejus non per omnia eſt eadem ſuperioribus. *ibid. a, b.* hujus indoles. *ibid.* Edictum de ea. 131. *a.* alienatio quid. *ibid. b.* 132. *a, b.* oon refert qoalia judicia muteotur. *ibid.*

Reſtit. ob alien. dolus adfuiſſe debuit in propoſito jodicii mutaudi. 133. *a.* debuit & concurriſſe effectus. *ibid. b.* actio in factum ad coërcendum huoc dolum comparata. 134. *a, b.* inſuper & dominus vindicationem habet. *ibid.* ſitne ergo hoc Edictum neceſſarium. *ibid.* 135. *a, b.*

Reſtitutio in integrum a negotio cum pupillo geſto falſo tutore auctore. 577. *b.* 578. *a.*

Reus quis? 149. *b.*

Rhodia lex de jactu. 328. quo modo jactus debeat fuiſſe factus ut contributiooi ſit locus, & au exteudatur & ad alios caſus præter jactum. 329. *a. & b.* 330. *a.* quid ſi uavis fuerit a piratis redemta. *ibid. b.* 331. *a.* navis per jactum ſalva evaſiſſe debuit. *ibid.* a quibus ſiat contributio. *ibid. b.* qoomodo facienda ſit. *ibid.* 332. *a.* qua actiooe obtiueatur. *ibid. b.*

Roma communis Romanorum patria. 152. *b.*

Romæ, periculom in viis a dejectis & effuſis ex cœuaculis. 227. *b.*

S.

Sacræ res, vide *Res.*

Sanctæ res, vide *Res.*

Satiſdatio quid. 57. *a, b.* idonea quæ ſit. *ibid.* 58. *a.* ejus effectus. *ibid. b.*

Secretum quid notet. 481. *b.*

Senatores qui. 40.

Senatuſconſultum quid. 8. *b.* inſignitur appellatione legis. 337. *a.*

Sententia quid. 138. *b.*

Sepulchrum quid. 264. *a.* quotuplex. *ibid. b. a.* 265. *a.* coof. *Relig.*

Sepulchri violati rei ſunt qoi mortuum in alienum ſepulchrum inferunt ſine jure. 265. *b.* 266. *a.*

Sequeſtrum a depoſito non differt. 364. *b.* 365. *a.* vide *Depoſitum.*

Serviana actio quæ ſit. 440. *a, b.* quaſi Serviana, uon interpretationi Prudentum, ſed Edicto alterius Prætoris debetur. *ibid.* oon ei obeſt pacta antichreſis. *ibid.* cui detur. 441. *a.* adverſus quem. *ibid.* quando. *ibid. & b.* ad quid detur, arbitraria eſt, & officium judicis in ea. *ibid.* vide reliqua in *Pignus.*

Servitus quid. 19. *a.* origo ejus *ibid. b.* quomodo ſervi ſiant. *ibid.* 20. *a.*

De Servitutibus. 208. 210. Servitus per excellentiam realis dicitur. 210. aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt, hæ urbanæ, illæ ruſticæ appellantur. *ibid.*

Servitus urbana quæ. 210. altius tollendi & officiendi luminibus vicini. 211. *a.* altius uon tollendi. *ibid.* ejuſque eſt utilitas ne luminibus officiatur. *ibid.* non tamen prohibitum imponere viridaria ædibus altius non tollendis. 211. *b.* ne luminibus officiatur. *ibid.* quæ & lumeo, & ſervitus luminum dicitur. *ibid.* 212. 213. 214. *a.* proſpectus. 214. *a.* tigni immittendi, oneris ferendi. 214. *a, b.* ſtillicidii, fluminis. 214. *b.* 215. *a.* projicieudi, protegendi. 215. *a, b.* Ruſticæ quæ. 215. *& ſeqq.* iter 215. *a, b.* actus. 216. *a.* via. 216. *a, b.* aquæductus. 217. *a.* aquæ hauſtus. 217. *b.* 218. *a.* pecoris ad aquam appulſus. 218. *a.* jus paſceudi. *ibid.* calcis coqueudæ & areuæ fodiendæ. 128. *b.* lapidis eximeudi, ædificandi ejus gratia quod in fundo ſit. *ibid.* &c.

Servitutes quæ ab initio duntaxat ruſticæ fuere, temporis progreſſu etiam urbanæ eſſe cœperunt & contra. 219. *b.* 220.

Servitutum tam ruſticarum quam urbanarum communia. 220. requirunt prædia duo. *ibid. a.* vicina. *ibid. b.* ad prædii utilitatem pertinere debet ſervitus. *ibid.* certe ex regulis juris. *ibid.* 221. *a.* ſufficiatne modo bæc utilitas futura ſit. 221. *a, b.* conſtituenda eſt ſervitus a dominis prædii otriuſque. *ibid.* & quidem dominis iu ſolidum. 222. *a.* nec tamen opus, eum dominum eſſe omni jure; dum ſit dominus omni modo. *ibid.* ot uſucapiens, ſuperficiarius, an fructuarius. *ibid.* ſervitutes omnes prædiorum debent perpetuam habere cauſam. *ibid.* earum natura eſt, non ut aliquid faciat quis, ſed ot aliquid patiatur aut nou faciat. 222. *b.* 223. *a.* modi conſtituendi ſervitutes communes utriſque ſunt. 223. *b.* natura eſt motus conſtituendi ſervitutem proprius aquæ. *ibid.* ad communia ſervitutum pertinet actio confeſſoria & negatoria. 223. & modi quibus ſervitutes amittuntur. *ibid.* e. g. interitus alterutrius prædii. *ibid.* confuſio. *ibid.*

ibid. remiſſio. 224. *a.* ea quippe amittit dominans ſervitutis poſſeſſionem *ibid.* interitus juris conſtituentis. *ibid.* temporis aut conditionis eventus. *ibid.* non uſus. *ibid.* accedente in urbanis libertatis uſucapione. 224. *b.*

Ut Servitus amœnitatis cauſa conſtitui poſſit, poſtea eſt inductum, quamvis ex regulis juris hoc initio non liceret, e. g. ut in alieno ſpatiari liceat. 215. *a.*

Servus an perſonam ſtaudi in judicio habeat? ut actor. 148. *a.* an ut reus. 150. *a.*

Servus corruptus quis dicatur. 253. *a.* actio ea occaſione competens. *ibid.* quid ſi filiusf. ſit corruptus. *ibid.* & *b.* quid ſi quis ſervum proprium. 254. *a.* quid ſi communem corruperit. *ibid.* modi corrumpendi. *ibid.* & *b.* debet id fieri dolo malo. *ibid.* & 255. *a.* adverſus quem hæc actio detur. 255. *a.* cui detur. *ibid.* an b. aut m. fidei poſſeſſori. *ibid. b.* 256. *a.* quid juris ſit ſervo vel a domino proprietatis, vel ab ipſo fructuario, vel a tertio corrupto. *ibid. b.* quid ſi ſervus pignori datus corrumpatur. *ibid.* ad quid hæc detur actio. *ibid.* 257. *a, b.* aliæ hujus actionis qualitates. 258. *a. b.*

Simplariæ, ſeu potius ſimpulariæ, venditiones ſunt venditiones rerum minutarum. 452. *b.*

Si quis jus dicenti non obtemperaverit. 51. quis ita agere dicatur. 52. *a, b.* quæ actio eo nomine in eum detur. *ibid.*

Sita res facit forum competens in actionibus in rem. 554. *a.*

Societas, Edictum de ea. 378. *a.* ſocietatis indoles. *ibid.* & *b.* ſpecialis ſocietas. *ibid.* 379. *a.* Omnium bonorum ſocietas. *ibid. b.* quid in eam veniat. *ibid* quid a ſociis conferri queat. 380. *a.* partes lucri & damni quæ inter ſocios futuræ ſint, ſi nihil de hoc pactum ſit. *ibid. b.* 381. *a.* quomodo de iis paciſci liceat. *ibid.* *a, b.* 382. *a.* quomodo contrahi ſocietas queat. *ibid.* quomodo ſolvatur. *ibid.* 383. *a.* actio pro ſocio qualis ſit. *ibid. b.* cui detur, contra quem, ad quid. *ibid.* perſonales præſtationes in quibus conſiſtant. 384. *a.* quam culpam præſtet ſocius. *ibid. b.* ſitne negligentia ſocii cum majore ejus diligentia compenſanda. 385. *a.* quid de impenſis ſtatuendum. *ibid.* competentiæ beneficium ſocii. *ibid. a, b.*

Solarium idem cum heliocamino. 212. *a.*

Solutionis partialis exemplum. 188. *b.*

Sperare pro credere, etiam pro timere. 193. *b.*

Sponſalia quid ſint. 483. *a.* nudus in iis conſenſus ſufficit. *ibid.* quorum conſenſus requiratur. *ibid.* *b.* ſc. eorum quorum in poteſtate ſunt contrahentes. *ibid.* & ipſorum contrahentium. *ibid.* qua ætate ſponſalia inire queant. *ibid.* an nuptiæ ante pubertatem initæ jure ſponſaliorum valeant. 484. *a.* Sponſalia iniri non poſſunt, inter quos prohibitum eſt matrimonium. *ibid.* modo eadem ſit prohibendi ratio. *ibid.* Jus & effectus ſponſaliorum. *ibid.* *b.* Quid ſi intervenerint arrhæ ſponſalitiæ? *ibid.*

Stabularius vide *Nauta.*

Status favor. 147. *b.*

Status hominum, vide *Homines.*

In Subſtitutione non ponitur repetita libertas quæ in inſtitutione data eſt, quamvis poteſt in dubio repetita videri. 171. *b.*

Sui heredis jus. 157. *b.*

De poſitis & Suſpenſis actio, vide in *poſitis.*

De Poſitis & ſuſpenſis. 229. *b.* 230

Syndicus Univerſitatis quis. 94. *a, b.*

T.

Tempus continuum & utile, naturaliter & civiliter computatum. 63. *b.*

Teſtamentum licentiam teſtandi ab Imperatore nacti ordinarium eſt, non privilegiatum. 175. *a, b.*

Teſtis. 479. etiam teſtimonia dicuntur. *ibid.* *a.* qui ſint. *ibid.* ubi eorum uſus ſit. *ibid.* quibus interdictum ſit teſtimonium. *ibid.* ſc. ſervus, ubi alii ſunt teſtes, *ibid.* Sed nec ſervis fides habetur, niſi torqueantur. *ibid. b.* ſic furioſus, mente captus, improbi & inteſtabiles eſſe legibus juſſi, quibus nec alii teſtimonium dicere poſſunt, inſigniter famoſi, quæ corpore palam quæſtum facit, judicio publico damnatus, quive in vinculis cuſtodiave publica erit, item qui ob teſtimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepiſſe judicatus vel convictus erit, hi omnes prohibentur. *ibid.* ſic & vulgariter infames quadantenus. *ibid.* ſic & in criminalibus minores annis xxv. 480. *a.* mulier in teſtamento. *ibid.* an hermaphroditus. *ibid.* nemo in propria cauſa. *ibid.* non filius patri, aut viciſſim. *ibid.* domeſticum teſtimonium improbatur. *ibid.* quid de hæreticis ſtatuatur. *ibid.* Teſtes inviti eſſe coguntur. *ibid.* quando perſonæ, alias inhabiles admittantur. *ibid.* Quidam prohibentur cogi ad teſtimonium dicendum. *ibid.* & *b.* quis numerus teſtium variis in negotiis requiratur. *ibid.* alia requiſita in teſtibus. *ibid.* & 481

Tignum alieno ædificio junctum quod jus habeat. 192. *b.* 193. *a.*

Tranſactio. 64

Tributoria actio quando locum habeat. 334. *a.* negotiatum eſſe debuit ſuper merce peculiari. *ibid.* & *b.* cui hæc detur actio. 335. *a.* adverſus quem. *ibid.* datur ad tributionem faciendam. *ibid.* & *b.* qualis hæc ſit actio. *ibid.*

Tueri quid notet. 537

Tutela unde dicta. 537. ejus ſignificatus. *ibid.* definitio. *ibid.* 538. *a, b.* diviſio. *ibid.* teſtamentariæ origo. *ibid.* *a, b.* a quibus hæc tutela detur. 539. *a.* quibus detur. *ibid.* & *b.* 540. *a.* an bonis detur. *ibid.* *b.* quomodo hæc tutela danda ſit. 541. *a.* quis tutor dari queat. *ibid.* hæc datio & diem & conditionem recipit. *ibid.* quis tutor dari nequeat. *ibid. b.* ubi hæc tutela detur. 542. *a, b.* effectus hujus tutelæ dationis rite factæ. *ibid.* quando teſtamentarii tutores ſatiſdent. *ibid.* 543. *a.* filiis dati tutores, quibus dati videantur. *ibid.* & *b.* liberis dati, quibus. *ibid.* Teſtamentarii tutores non recte dati. *ibid.* interdum confirmantur. 544. *a.* a quo. *ibid.* quomodo, ſi a patre ſint dati. *ibid.* quomodo, ſi a matre. *ibid.* quomodo, ſi a patrono, aliove extraneo. *ibid. b.* confirmationis tutoris effectus. *ibid.* confirmatus tutor quædam a dativo mutuatur, quædam a teſtamentario. *ibid.* 545. *b.* Legitima tutela unde deſcendat. *ibid.* quando ei locus ſit. *ibid.* 546. *a.* quibus deferatur. *ibid. b.* patronorum, parentum, fiduciaria tutela. 547. *a, b.* Atiliana, ſive dativa tutela. *ibid.* *a.* quibus Magiſtratibus permittatur, & quo jure. *ibid.* & *b.* 548. *a, b.* quo modo detur hic tutor. *ibid.* *a, b.* 549. *a, b.* perſonæ tutor datur. 550. *a.* tutorem habenti tutor dari nequit. *ibid.* Petitur tutor, ubi Prætori dantur nomina eorum qui petuntur ab eo conſtitui. 553. *a.* pupillus ſibi ipſe tutorem petere nequit. *ibid.* *b.* hinc tutor pupillis invitis dari dicitur. 554. *a.* qui ex voluntate tutores petant. *ibid.* qui ex neceſſitate. *ibid.* *b.* a quo petantur. *ibid.* 555. *a.* pœna matris non petentis. *ibid.* & *b.* 556. *a.* ejus temperamentum. *ibid. b.* 557. *b.* Liberti etiam tutorem petere debent. *ibid.* tutor cogitur tutelam gerere. 558. *a.* & ubi plures ſunt, unus potius adminiſtrare debet. *ibid.* ejus ſatiſdatio antequam gerat. *ibid.* & *b.* inventarii confectio. *ibid.* 559. *a.*

Tutelæ adminiſtratio. 559. *a.* tutor in ea pro domino eſt. *ibid.* pupillum ali, educari recte cu-

rate debet. *ibid.* pro pupillo experiri in judicio poteſt. *ibid.* & *b.* tam in agendo, quam in defendendo. *ibid.* quid ſi pupillo ſolvendum ſit. 560. *a.* tutor ſolvere pro pupillo poteſt. *ibid.* quæ alia erogare ipſi ſit permiſſum. *ibid.* quid ſi pater quædam de adminiſtratione diſpoſuerit in teſtamento. *ibid. b.* periculum tutelæ. *ibid.* ad quæ tutor teneatur. *ibid.* tutorum beneficia, ubi plures ſunt. 561. *a, b.* tutelæ actiones. *ibid.*

Tutoris auctoritas quid ſit. 561. *a.* quando ſit neceſſaria pupillo. *ibid.* ſi abſque ea pupillus egerit. *ibid.* & *b.* an tutor ad eam præbendam cogi poſſit. *ibid.* quomodo ea interponenda ſit. *ibid. b.* ſatiſne ſit ſi ab uno interponatur. 562. *a.* in quibus negotiis interponi queat. *ibid. b.* forma interpoſitæ ejus. *ibid.* quando interponenda ſit. *ibid.* 563. *a. b.*

Tutoris factum quomodo pupillo & in eum pariat actionem. 563. *a, b.* an & dolus ejus. 564. *a, b.* diſſenſus veterum. *ibid.* 565. *a, b.*

Tutela ſuſpecti tutoris remotione finitur aliiſque modis. 565. *a.* ſuſpectus tutor quis ſit. *ibid.* & *b.* unde deſcendat ſuſpecti poſtulatio. 566. *a.* apud quos Magiſtratus facienda. *ibid.* qui tutores ut ſuſpecti poſtulari queant. *ibid. b.* qui eos poſtulare queant. 567. *a.* quibus ex cauſis ſuſpecti removeantur. *ibid. b.* poſtulationis ſuſpecti effectus. *ibid.* 568. *a.* remotionis effectus. *ibid. b.* 569. *a, b.* aliæ pœnæ ſuſpecti. *ibid*

Tutelæ Excuſatio, quid. 569. *a.* intra quod tempus proponenda. *ibid.* & *b.* ſit vel in totum, vel in partem. *ibid.* 570. *a.* olim appellabatur ab ipſa datione, hodie a rejectione cauſæ excuſationis. *ibid.* excuſatio pro tribunali eſt proponenda. *ibid. b.* plures proponendæ ſunt. *ibid.*

Tutelæ actio directa. 572. *a, b.* qualis ſit, quando detur. *ibid.* 573. *a.* de quo detur. *ibid.* & *b.* de non geſtis datur tantum utilis tutelæ actio. *ibid.* ad quid tutor teneatur. 574. *a, b.* in quantum. *ibid.* exceptiones ſive beneficia tutoribus competentia. *ibid.* 575. *a.*

Tutelæ actio contraria. 576. nullum de ea fuit Prætoris Edictum. *ibid. a.* ejus deſcriptio. *ibid. b.* 577

Tutor falſus ſi auctoritatem ſuam interpoſuerit. 577. *a, b.* Prætor in integrum reſtitutionem concedit. *ibid.* 578 *a.* porro quæ actio in tutorem illum detur. *ibid. b.* cui detur, contra quem, ad quid. *ibid.*

Tutorum fidejuſſor, nominator, & heres. 579. *a.* fidejuſſor tutoris etiam ex nudo pacto tenetur ſi a tutore nominetur, diciturque is nominator tutoris. *ibid.* vis hujus fidejuſſionis. *ibid.* & *b.* quid ſi plures tutores ſint, & a ſingulis fidejuſſores ſinguli fuerint dati. 580. *a.* tutoris heres quatenus teneatur. *ibid. b.* 581. *a, b.*

Tutelæ geſtæ nomine, quatenus Magiſtratus conveniri queant. 581. quando actioni ſubſidiariæ tunc locus ſit. *ibid.* cui ea detur. 582. *a.* contra quem. *ibid.* an contra ejus heredes. *ibid. b.* an in ordinem Decurionum. 583. *a.* in quantum detur. *ibid. b.*

Tutor alienandi jus an habeat, vide *Minorum bona.*

V.

Vectigalis ager vide *Emphyteuſis.*

Vellejanum SC. quando factum. 551. verba ejus. 352. *a.* intercedere quid. *ibid. a, b.* 353. *a, b.* 354. *a.* quæ feminæ hoc beneficio gaudeant. *ibid.* quomodo juventur. *ibid. b.* 355. *a, b.* quomodo creditori ſuccurritur, ne in damno ſit. *ibid.* quando SC. ceſſet. *ibid.* 356. an renuntiando. *ibid.*

Venditio, de ea Edictum. 386. *a.* ejus definitio. *ibid.* & *b.* ſubſtantialia ei. *ibid.* conſenſus merus. *ibid.* 387. *a.* quid ſi arrha accedat. *ibid.* & *b.* pretium quid. *ibid.* verum eſſe debet. 388. *a, b.* certum. *ibid.* valet venditio ſi conferatur pretii definitio in arbitrium alterius contrahentium. 389. *a.* quid ſi in tertii incerti arbitrium conferatur. *ibid. b.* quid ſi in certi. 390. *a.* quid ſi arbiter inique arbitratus ſit. *ibid. b.* 391. *a.* pretium conſiſtere in pecunia numerata debet. *ibid. b.* 392. *a.* an pecunia data, ut res detur, ſit venditio. *ibid. b.* in Venditione ſervorum titulus ſolebat collo ſervi appendi, ejus virtutes & vitia declarans. 455. *a.*

Venditi actio cui detur. 420. *b.* ad quid. *ibid.*

Venditio, vide *Emtio.*

actio de in rem Verſo. 349. datur ex negotio geſto cum perſona alieni juris. *ibid. a.* ad quid. *ibid. b.* quid videatur in rem verſum. *ibid.* 350

Ventris inſpectio. 534. 535

Villa quotuplex. 427. *b.*

Rei Vindicatio. 190. *vindicare* quid. 590. *a.* quid hac actione petatur. 190. *b.* 595. *a.* quomodo res deſignanda ſit. 191. *a, b.* pars pro indiviſo vindicari poteſt, modo indicet actor quotam vindicet. 191. *b.* aliquando & pars incerta. *ibid.* datur hæc actio ei qui ſe dominum jure civili aut gentium dicit. *ibid.* 593. ergo non vindicantur quæ non ſunt in dominio noſtro. 591. *b.* ut liberi homines. 192. *a.* liberi a patre jure Quiritium vindicari poſſunt. *ibid.* contra quem hæc actio detur. 193. *a.* reus non neceſſe habet contra vindicare. *ibid.* datur hæc actio etiam contra nudum detentorem. 194. *a.* & contra eum qui dolo fecit ne poſſideret. 594. *b.* nec non eum qui liti ſe obtulit. 195. *a.* hæc actio detur ad reſtituendam rem. *ibid.* & *b.* cum omni cauſa. 596. *a.* & fructibus. *ibid.* & *b.* & 197. 198, 199. quos perceptos Publiciana a tertio vindicat. 599. *b. in fin.* & a ſe poſſeſſos extantes reſtituit, niſi eos uſuceperit. 200. *a.* quod jus ſit poſſeſſoris reſpectu impenſarum. 200. *a, b.* 201. *a, b.*

Viridaria olim ædificiorum tectis imponebantur. 211. *b.*

Vis major quæ. 424. *b.* 425. *a.*

Vitium rei quid ſit. 452. *b.*

Univerſitas quid. 93. *a, b.* quis ejus negotia gerat. 94. *a. b.* maxime judicialia. *ibid.*

Univerſitates quo jure gaudeant. 434. *b.*

Vocare in jus, vide *In jus vocare.*

Urbanum prædium quod. 210

de Uſuris. 473

Uſurarum jus diverſum a fructibus. 597. *a.*

de Uſu & habitatione. 202. Uſus quid. *ibid.*

F I N I S.

INDEX

INDEX LEGUM,

Aliorumque ex Antiquitate Fragmentorum, quæ illuſtrantur, explicantur, aut emendantur.

Ex Inſtitutionibus.

pr. de nuptiis. 487. a.
§. 2. de ſuſpect. tut. 566. b.
pr. de rer. diviſ. 33. b. 34. a.
§. 29. eod. 193. a.
§. 35. eod. 197. b. 198
§. ult. de inoffic. teſt. 172. a.
pr. de emt. & vend. 387. a. 407. a.
§. 14. de actionib. 304. b.
§. 30. eod. 407. a.
§. 1. ſi quadrup. paup. fec. 225. b.

E Digeſtis.

l. 1. de juſtit. & jur. 1. a.
l. 9. eod. 6. b.
l. 1. de legib. 11. a, b. 12. a, b.
l. 2. eod. 11. a.
l. 7. eod. 12. b. 13. a.
l. 16. eod. 11. b.
l. 21. eod. 14. a.
l. 24. eod. 14. a.
l. 31. eod. 13. b.
l. 34. eod. 15. b.
l. 4. pr. de ſtatu homin. 18. b. §. 1. 2. 3. eod. 19. a, b.
l. 5. pr. eod. 20. a. §. 1. eod. 19. b. 20. a. §. 3. eod. 20. b.
l. 6. eod. 21. a.
l. 7. eod. 17. b.
l. 10. eod. 18. a.
l. 14. eod. 18. a.
l. 25. eod. 20. b.
l. 1. §. 1. de his qui ſui vel al. jur. 22. a. §. 2. eod. 22. b.
l. 2. eod. 23. a.
l. 3. eod. 23. a, b.
l. 6. eod. 26. a.
l. 3. de adoption. 30. a.
l. 6. eod. 28. b.
l. 8. eod. 31. a.
l. 19. eod. 31. b.
l. 34. eod. 28. a.
l. 35. eod. 29. b.
l. 44. eod. 28. b. 29. a.
l. 2. de diviſ. rer. 33. a.
l. 4. pr. eod. 34. b. §. 1. eod. ibid.
l. 5. §. 1. eod. 36. a.
l. 6. pr. eod. 35. b.
l. 9. eod. 37. a.
l. ult. eod. 38. b.
l. 12. §. 1. de Senator. 40
l. 1. §. 12. 13. de offic. Præf. Urb. 42. b.
l. 3. §. 1. & ſeqq. de offic. Præf. Vig. 43, 44
l. 4. eod. 44
l. ult. eod. ibid.
l. 7. §. 2. de offic. Proconſ. 46. b.
l. 9. eod. ibid.
l. 7. de juriſdict. 48. a. ſeqq.
l. 9. eod. 49. b.
l. 13. pr. eod. 151. b.
l. 1. §. 1. quod quiſq. jur. in alt. 50. a. §. 2. 50. a, b.
l. 3. eod. 51. a.
l. un. §. 1. ſi quis jus dic. n. obt. 52. a.
l. 2. de in jus voc. 54. a.
l. 1. qui ſatiſd. cog. 57. a.
l. 2. §. 2. eod. 58. a.
l. 6. eod. ibid.
l. 7. eod. ibid.
l. 10. eod. 148. a.
l. 1. ſi ex noxal. cauſ. ag. 60
l. pen. eod. 59
l. 6. de feriis. 62. a, b.
l. 8. eod. 63. b.
l. 1. pr. de edendo. 66. a. §. 1. eod. 64. a, b. §. 2. eod. 66. b. §. ult. eod. 68. a.
l. 6. §. 2. eod. 68. a.
l. 1. §. 3. de poſtuland. 70. a. §. 5. eod. 70. b. §. 6. eod. 70. a, b.
l. 1. pr. de his q. not. inf. 74. b. ſeqq.
l. 2. §. 1. eod. 74. b. §. 2. eod. 75. a, b. §. 5. eod. 76. a, b.
l. 4. eod. 76. a, b. 77. a, b.
l. 5. §. 2. eod. 78. b.
l. 6. §. ult. eod. 79. a, b.
l. 9. eod. 81. b.
l. 13. §. 7. eod. 78. b.
l. 23. eod. 81. b.
l. 1. de procurat. 85. b.
l. 33. pr. eod. 83. b. §. 1. eod. ibid. §. 3. eod. 86. a.
l. 34. eod. 87. a.
l. 35. §. 3. ult. eod. 91. a. b.
l. 39. §. ult. eod. 90. a.
l. 42. §. 1. eod. 84. a. §. 3. eod. 83. a.
l. 43. §. ult. eod. 91. b.
l. 76. eod. ibid.
l. 1. pr. §. 1. quod cujuſq. univerſ. 93. 94
l. 2. eod. 93. b.
l. 3. eod. 94. a, b.
l. 3. pr. de negot. geſt. 95. a. §. 4. eod. ibid. §. 5. eod. 97. b. 98. a. §. eod. 98. a. §. 10. eod. 97. b.
l. 6. §. 3. eod. 96. b. 97. a.
l. 10. eod. 100. b.
l. 23. eod. 99. a, b.
l. 34. eod. 101. b.
l. 1. pr. de calumniat. 101. b. §. 3. eod. 103. b.
l. ult. eod. ibid.
l. 3. de in integr. reſt. 104. b. 105. a.
l. 5. eod. 106. a.
l. 6. eod. 105. b.
l. 1. quod met. cauſ. 106. a. ſeqq.
l. 5. eod. 107. a.
l. 9. pr. eod. 107. b. 108. a.
l. 14. §. 11. eod. 111. a, b.
l. 18. eod. 112. b.
l. ult. §. ult. eod. 106. b. 107. a.
l. 37. de dolo malo. 461. a.
l. 1. §. 1. de minorib. 116. b. §. 3. eod. 113. a. 553. a.
l. 2. eod. 113. a.
l. 3. pr. eod. 113. b. §. 1. eod. 114. a. §. 2. eod. 114. b. §. 3. eod. 115. a. §. 4. eod. ibid.
l. 16. pr. eod. 119. a. b. 120. a. §. 4. eod. 410. a.
l. 24. §. ult. eod. 117. a.
l. 27. §. ult. eod. 120. b.
l. 41. eod. 118. a. b.
l. 2. §. 2. de capit. min. 123. b.
l. 7. pr. eod. 122. a, b.
l. 10. eod. 122. b. 123. a.
l. 1. §. 1. ex quib. cauſ. maj. 123. 124. a.
l. 2. §. 1. eod. 124. a.
l. 4. eod. 125. b.
l. 5. eod. ibid.
l. 15. §. 3. eod. ibid.
l. 27. eod. 126. a, b.
l. 32. eod. 124. a, b.
l. 4. §. 1. de alien. jud. mut. 133. a.
l. ult. eod. 131. a.
Rubr. de receptis. 135. a, b.
l. 11. §. 1. eod. 137. a.
l. 33. eod. 139. b.
l. 29. eod. 140. b. 141. b. 142. b.
l. 1. pr. naut. caup. ſtab. 144. b. §. 1. eod. 142. a, b. §. 2. eod. 142. a. §. 3. eod. 142. a, b.
l. 3. §. 1. eod. 144. b.
l. 12. §. 2. de judic. 151. b.
l. 19. §. 2. eod. 153. b.
l. 23. eod. 194. b.
l. 38. eod. 154. a.
l. 43. eod. 307. b.
l. 6. pr. de inoffic. teſtam. 159. a, b. §. 1. eod. 164. a, b.
l. 8. §. 5. eod. 174. a. §. 8. eod. 170. a. §. 9. eod. 171. a, b. §. 16. eod. 166. a.
l. 9. eod. 173. b.
l. 10. pr. eod. 168. b. §. 1. eod. 169. a, b.
l. 14. eod. 163. b.
l. 15. eod. 161. b.
l. 21. §. 2. eod. 157. a, b.
l. 24. eod. 162. b.
l. 27. §. ult. eod. 167. b.
l. 28. eod. 167. a, b.
l. 29. §. 3. eod. 159. a.
l. 30. eod. 161. b. 162. a.
l. 16. pr. de hered. pet. 179. b.
l. 20. §. 4. eod. 176. b.
l. 22. eod. 183. b.
l. 1. de rei vindic. 190. a.
l. 3. eod. 193. a.
l. 6. eod. 191. b.
l. 27. §. 1. eod. 194. b.
l. 66. eod. 193. a.
l. 68. eod. 289. b. 293. b.
l. 1. §. 2. De Public. in rem act. 203. a, b.
l. 7. §. 2. eod. 205. a.
l. 9. §. 4. eod. 208. b. §. 5. eod. 146. b.
l. 11. §. 1. eod. 220. b.
l. 10. de uſu & habit. 210. b.

Digitized by Google

l. 5. de ſervitut. 223. b.
l. 4. de ſervit. præd. urb. 212. b. ſeqq.
l. 11. eod. 212. b.
l. 40. eod. 213. b.
l. 1. de ſervit. præd. ruſt. 215. a.
l. 2. eod. 219. 220
l. 6. pr. §. 1. eod. 218. b. 219. a.
l. 23. eod. 217. a.
l. 9. ſi ſervit. vind. 216. b.
l. ult. eod. 221. b.
l. 1. §. 7. ſi quadrup. paup. fec. 226. a. §. 10. eod. 225. a.
l. 5. §. 12. de his q. effud. vel dej. 230. a, b. §. 13. eod. 230. b. 231. a, b.
l. 1. fin. regund. 236. a.
l. 4. §. 1. eod. 236. a, b. §. 6. 7. eod. 234. b. 235. a. §. ult. eod. 234. a.
l. 8. §. 1. eod. 235. b.
l. 1. §. 1. famil. erc. 238. b.
l. 25. §. 1. eod. 239. b. §. 16. eod. 241. b.
l. 37. eod. 238. b.
l. 43. eod. 239. a.
l. 54. eod. 239. b.
l. 4. §. 1. commun. divid. 242. b.
l. 3. ad exhibend. 244. b.
l. 9. §. 5. 6. eod. 249. b. 250. a.
l. 12. §. 3. eod. 246. b. 247. a.
l. 13. eod. 245. a.
l. 21. de interrog. in jur. 251. b.
l. 1. §. 1. de ſervo corrupt. 254. a. 255. b. §. 2. eod. 254. b.
l. 10. eod. 257. b.
l. 11. eod. 257. a, b.
l. 14. §. 1. eod. 257. b.
l. ult. pr. de aleator. 260. b.
l. 2. §. 1. de religioſ. 264. a. §. 2. eod. 265. b. 266. a.
l. 9. eod. 271. a.
l. 14. §. 7. eod. 268. a.
l. 37. pr. §. 1. eod. 266. b. 267. a.
l. 1. de reb. cred. 272. a.
l. 2. §. 1. eod. 272. b.
l. 9. pr. eod. 275. a, b. 276. a. §. 8. eod. 276. a. 277. a.
l. 17. eod. 149. a.
l. 1. de jurejurand. 279. a, b.
l. 28. §. 1. eod. 283. a. §. 3. eod. 283. b. §. 4. eod. 282. a.
l. 34. pr. eod. 287. b. §. 1. eod. 285. b. §. 2. eod. 286. b. §. 8. eod. 287. a.
l. 37. eod. 286. a.
l. 41. eod. 282
l. 1. de in lit. jurand. 293. a. b.
l. 3. eod. 289. b.
l. 5. eod. 290. b. 291. a. 292. a.
Rubr. de condict. cauſ. dat. cauſ. 293
l. 4. eod. 294. a.
l. 6. eod. 294. b.
l. 10. eod. 293. b. 294. a.
l. ult. pr. eod. 295. a, b. 296. a, b. §. 1. eod. 495. a.
l. 2. §. 2. de condict. ob turp. 297. b.
l. 4. §. 3. eod. 296. b. 297. a.
l. 5. de condict. indeb. 303. a.
l. 27. eod. 307. a.
l. 4. de condict. furtiv. 303. a.
l. 7. pr. §. 1. eod. 306. b.
l. 2. §. 2. 3. de eo quod cert. loc. 308. a. b. §. 4. eod. 309. a. §. 7. eod. 309. a, b.
l. 8. eod. 310. b. 311. a.
l. pen. eod. 310. a, b.
l. ult. eod. 311. b.
l. 16. §. 1. de pecun. conſtit. 307. a.
l. 21. §. 2. eod. 316. b.
l. 4. de pignerat. act. 442. b. 443. a.
l. 13. eod. 444. a.
l. 41. eod. 437. b. 438. a.
l. 1. §. 8. de exercit. act. 327. b.
l. 2. §. 1. de L. Rhod. de jact. 329. b. 330. b. §. 2. eod. 331. b.
l. 4. §. 1. eod. 331. b.
l. 5. eod. 331. a.
l. 6. eod. 330. a.
l. 3. §. 1. de tribut. act. 565. a, b.
l. 3. §. ult. de SC. Macedon. 340. a.
l. 7. §. 7. eod. 341. b.
l. 1. §. 1. ad SC. Vellej. 551. ſeqq.
l. 1. de compenſat. 356. b.
l. 19. eod. 357. a.
l. 1. §. 4. depoſit. 368. b. §. 5. eod. 369. a. §. 16. eod. ibid.
l. 6. §. 5. eod. 373. a.
l. 17. §. 1. eod. 365. b.
l. 26. eod. 367. a.
l. 31. eod. 366. a.
l. 32. eod. 370. a, b.
l. 48. §. ult. eod. 373. a.
l. 10. pr. mandati. 376. b.
l. 29. eod. 376. b.
l. 7. pro ſocio. 379. a.
l. 29. pr. §. 1. eod. 380. b.
l. 43. eod. 383. b.
l. 52. §. 2. 3. eod. 384. b.
l. 63. eod. 385. b.
l. 7. de contrah. emt. 389
l. 8. pr. eod. 393. b.
l. 35. §. 1. eod. 389. b.
l. 42. eod. 396. b.
l. 44. eod. 393. a, b.
l. 52. eod. 396. a.
l. 9. de in diem addict. 398. a.
l. 1. de leg. commiſſ. 399. a, b.
l. 2. eod. 399. a.
l. 4. pr. eod. 399. b.
l. 18. de hered. vel act. vend. 405. b.
l. 45. de reſcind. vend. 409. a, b.
l. 1. §. 1. de peric. & comm. rei vend. 413
l. 2. §. 1. eod. 415. b.
l. 3. eod. ibid.
l. 8. eod. 412. b. 413. a. 414. a. b.
l. 12. l. 13. l. 14. pr. eod. 416. a, b.
l. 11. §. ult. de action. emt. 394. a. 472. b.
l. 21. §. 2. eod. 408. b. 409. a.
l. 31. §. 2. eod. 208. b.
l. 9. §. 3. locat. cond. 427. a, b.
l. 11. §. ult. eod. 427. b.
l. 15. §. 2. eod. 424. b. 425. a, b.
l. 22. §. 3. eod. 410. a.
l. 25. pr. eod. 386. b. §. 6. eod. 424. b.
l. 33. eod. 416. b. 417.
l. 56. eod. 428. a.
l. 5. §. 2. de præſcript. verb. 422. b. 423. a.
l. 1. de pignorib. & hyp. 437. a.
l. 11. §. 1. eod. 441. a.
l. 16. §. 3. eod. 441. b. 442. a. §. ult. eod. 389. b.
l. 21. §. 3. eod. 441. b. 442. a.
l. 22. eod. 438. b.
l. 23. eod. 434. a.
l. 26. §. 2. eod. 434. b.
l. 5. ſeqq. qui potior. in pign. 445. a, b.
l. ult. eod. 447. a.
l. 1. pr. de Ædil. Edict. 451. a. §. 1. eod. 457. b. §. 7. eod. 452. b. 453. a.
l. 17. §. 18. eod. 454. a.
l. 38. §. 10. eod. 461. b. §. 12. eod. ibid.
l. 44. §. 1. eod. 457. b.
l. 62. eod. 451. b. 452. a.
l. 63. eod. 451. b.
l. 4. de evictione. 463. a.
l. 15. §. 1. eod. 469. a.
l. 42. eod. 467. a.
l. 56. eod. 470. a.
l. 60. eod. 463. b.
l. 64. eod. 470. b.
l. 45. de uſuris. 198. b. 199. a, b.
l. 9. de probat. 476. a, b.
l. 12. eod. 476. a.
l. 25. §. 1. eod. 482. b.
l. 26. eod. 477. b.
l. 27. eod. 477. a, b.
l. 29. §. 1. eod. 476. b.
l. 9. pr. de jur. & fact. ign. 481. b. 482. a.
l. 18. de ſponſalib. 483. a.
l. 6. de ritu nupt. 485. b.
l. 8. eod. 493. a.
l. 36. pr. eod. 497. a. §. 1. eod. 497. b.
l. 41. §. 1. eod. 536. a.
l. 60. §. 2. eod. 496. b.
l. 67. eod. 497. a.
l. ult. eod. 492. a, b.
l. 54. de jure dot. 502. a, b.
l. 60. l. 61. eod. 501. a.
l. 75. eod. 505. b.
l. 3. pr. de donat. int. vir. & ux. 510. a. §. 9. eod. 511. a. §. 13. eod. 516
l. 23. eod. 517. b. 518. a.
l. 31. §. 3. 4. eod. 512. a.
l. 32. §. 1. eod. 517. b. 518. a. §. 10. eod. 519. b. §. 18. eod. 520. a, b. §. 19. eod. 520. b.
l. 2. §. 1. ſolut. matrim. 527. a.
l. 22. §. ult. eod. 502. a, b.
l. 39. eod. 359. a.
l. 40. eod. 526. a.
l. 3. §. 4. de action. rer. am. 533. a.
l. 6. pr. §. 1. eod. 530. b.
l. 21. §. 1. eod. 531. a.
l. 3. de concubin. 537. b.
l. 3. §. 2. de tutelis. 554. b.
l. 15. eod. 550. b.
l. 6. de confirm. tut. 545. b.
l. 7. eod. 544. a.
l. 2. §. 2. eod. 554. b. ſeqq.
l. 5. §. 6. de adminiſtr. & peric. tut. 576. b.
l. 12. §. 3. eod. 500. b. 501. a.
l. 26. eod. 576. b.
l. 36. eod. 362. a.
l. ult. eod. 579. b.
l. 4. de auctor. & conſ. tut. 562. a.
l. 1. §. 5. de ſuſpect. tut. 566. b.
l. 21. §. 2. de excuſat. 570. a.
l. 2. ubi pupill. educ. 571. a, b.
l. 4. §. 3. de tutel. & rat. diſtr. 575. b. 576.

INDEX LEGUM.

b. 576. a, b.
l. 9. §. ult. l. 10. eod. 573. a.
l. 1. §. 3. de contrar. tut. 576. b.
l. 6. quod falſ. tut. 578. a.
l. ult. §. 1. de fidejuſſ. & nom. & her. 581. a, b.
l. 2. de reb. eor. q. ſub tut. vel cur. 585. b. 586. a.
l. 1. §. 1. de curat. fur. 580. b.
l. 10. eod. 204. b.
l. 15. eod. 589. a, b. 590. a.
l. 11. de liber. & poſt. 25. a, b.
l. 15. §. 2. de teſtam. milit. 502. a.
l. 83. de acquir. vel om. her. 404.
l. 1. §. 1. de legat. 2. 390. a, b.
l. 29. §. 3. de legat. 3. 464. b. 465. a.
l. 35. de aur. arg. leg. 486. a.
l. 43. ad SC. Trebell. 403.
l. 1. §. 9. de collat. bon. 57. a.
l. 1. §. 8. ad SC. Tertyll. 121. a.
l. 31. pr. de donat. 510. a, b.
l. 33. §. 2. de uſurp. & uſuc. 108. a.
l. 45. eod. 35. a, b.
l. 2. §. 16. pro emtore. 205. a.
l. 40. de re judic. 440. a.
l. 13. de exception. 186. b. 187. a.
l. 39. de oblig. & act. 150 a.
l. 137. §. 2. de verb. oblig. 310. a, b.
l. 25. de fidejuſſorib. 119. b.
l. 67. eod. 466. b.
l. 21. ratam rem hab. 88. b.
l. 5. de L. Pompej. de parric. 24. a, b.
l. 1. de bonis damnat. 159. a.
l. 7. eod. 158. b. 159. a.
l. 5. de jure fiſci. 470. a.
l. 28. eod. 447. a, b.
l. 4. de captiv. 551. a, b.
l. 14. de legationib. 124. b.
l. ult. eod. 551. b. 552. a.
l. 24. de verb. ſign. 175. b.
l. 178. §. ult. eod. 405. a.
l. 62. de reg. jur. 175. b.

Ex Codice.

l. 23. de procuratorib. 83. a.
l. 20. de negot. geſt. 99. b.
l. 22. eod. 100. a.
l. 5. de his quæ vi metuſv. 110. b.
l. ult. de temporib. in int. reſt. 105. b. 106. a
l. 14. de judiciis. 135. a, b.
l. 1. ubi de criminib. 154. a, b.
l. 2. ubi cauſ. fiſcal. 46. b.
l. 1. de inoffic. teſtam. 158. b.
l. 27. eod. 162. b. 163. a.
l. 33. §. 1. eod. 159. b. 160. a. in fin. eod. 160. b.
l. 34. ad fin. eod. 173. b. 174. a.
l. 35. eod. 175. a, b.
l. 5. de petit. her. 187. b.
l. 5. de rei vind. 201. b.
l. 12. eod. 295. a.
l. pen. finium regund. 237. b.
l. ult. eod. 237. a.
l. ult. de reb. cred. 288. b. 289.
l. un. de prohib. ſequeſtr. pec. 365. a, b.
l. 1. de condict. indeb. 190. a.
l. 6, 7. de condict. ob cauſ. dat. 294. a.
l. 1. de condict. ex leg. 305.
l. 14. de teſtib. 481. b.
l. 17. de fide inſtrum. 387. a, b.
l. 7. §. 1. quod cum eo qui in alien. pot. 249. a, b.
l. 6. ad SC. Vellej. 354. a.
l. 13. eod. 353. b.
l. ult. de contrah. emt. 391. a.
l. 2. de hered. vel act. vend. 405. b.
l. 2. de reſcind. vend. 410. b. 411. 412.
l. 6. eod. 420. a.
l. 1. de Ædilit. act. 460. b.
l. 1. de rer. permut. 392. a, b.
l. 8. de locat. & conduct. 426. a.
l. 21. eod. 422. a.
l. 14. de jure dot. 500. a.
l. 30. eod. 504. a. 505. b.
l. 1. de pact. conv. tam ſup. dot. 506. b.
l. 4. ſolut. matrim. 525. a.
l. 3. de confirm. tut. 545. a.
l. 3. arbitr. tut. 575. b.
l. 1. de hered. tut. vel cur. 581.
l. 8. de præd. & al. reb. minor. 501. b.
l. 12. eod. 587. a.
l. ult. eod. ibid.
l. 12. de oper. libert. 407. a.
l. 1. de bonor. poſſ. c. tabb. q. Præt. lib. ibid.
l. 5. de ingen. manumiſſ. 147. a, b.
l. 5. ſi alien. res pign. dat. 436. b. 437. a.
l. 5. quæ res pignor. oblig. poſſ. 439. b. 440. a.
l. 1. de evictionib. 204. a.
l. 2. quæ ſit long. conſuetud. 16. a.
l. ult. de donation. 388. b.

E Novellis.

Nov. 89. c. ult. 534. b.
Nov. 115. c. 3. 160. b. c. 4. eod. 174. a.

E Juriſprudentia Extra-Juſtinianea.

Cajus 2. Inſt. t. 1. §. 3. 213.
Paulus 2. Sent. t. 17. §. 3. 470. a.
4. Sent. t. 5. §. 1. 155. b.
§. 4. 158. a.
t. 9. §. 5. 26. b.
l. 1. C. Th. de inoffic. teſtam. 162. b. fin. 163. a.

Ex

Dione Caſſio lib. 52. p. 546. 553. b.

Ex

Iſidoro lib. 5. Origg. c. 25. 234. pr.

F I N I S.

CORRIGENDA.

Pag. 18. col. 1. lin. 13. a fin. pro *l. 9.* leg. *l. 10.*
26. col. 2. lin. 2. leg. *tit. 9.*
31. col. 1. lin. 16. a fin. *Quies* leg. *Queis.*
82. col. 2. lin. 25. a fin. poſt verba, V. Cl. inſere, Iohannem Barbeyracum.
255. col. 1. lin. 29. leg. *quod certo loco.*
258. col. 2. lin. 26. ſcrib. *l. 8. §. 13.*
269. col. 2. lin. 1. leg. *d. l. 10. §. 1.*
271. col. 1. lin. 8. leg. videndum.
277. col. 1. lin. pen. leg. *l. 11. §. 1.*
205. col. 2. lin. 16. leg. *l. 18.*
210. col. 1. lin. 14. & 15. hac forma ſcrib. & pro ratione ſic ſubjicit.
257. col. 2. lin. 21. a fin. leg. horum nomine non teneri.
262. col. 1. lin. 8. a fin. leg. *c. 16.*
ibidem lin. 10. a fin. leg. *d. l. 4. §. 3.*
289. col. 2. lin. 21. leg. *l. 7.*
327. col. 1. lin. 11. leg. Ul-
319. col. 2. lin. 26. fæ leg. fœ
341. col. 2. lin. 6. pro *l. 1.* leg. *l. 7.*
371. col. 1. lin. 28. leg. haa quæ-

Pag. 380. col. 2. lin. 20. & 21. pro negotiantem, leg. negotiationem.
403. col. 1. lin. 12. a fin. leg. ſemel.
409. col. 2. lin. 21. leg. valet emptio.
429. col. 2. lin. 14. leg. [illegible]
415. col. 1. lin. 3. a fin. pro *4. i.* leg. *6. n.*
ibid. col. 2. lin. 15. *qui poſ.* leg. *qui pot.*
416. col. 1. lin. 7. a fin. leg. ſe.
417. col. 1. lin. 2. a fin. leg. igitur.
438. col. 2. lin. 18. a fin. leg. bonis.
451. col. 2. lin. 22. a fin. interpunge, Labeo; puſillum fugitivum.
461. col. 2. lin. 24. a fin. leg. *contra dictum.*
ibid. lin. 22. leg. *contra dictum.*
ibid. lin. 17. a fin. tradentes leg. tradentur.
462. col. 1. lin. 21. a fin. leg. *cum.*
482. col. 1. lin. 31. leg. ſed.
481. col. 1. lin. 17. leg. vel conſenſu.
514. col. 2. lin. 4. a fin. leg. habebunt.
584. col. 1. lin. 18. leg. ruſtica.
587. col. 2. lin. 10. a fin. leg. *obreptum*

P R I V I L E G I E.

De Staten van Holland en Weſt-Vrieſland doen te weten, Alſoo ons vertoont is by Gerard Noodt der Regten Doctor, en Profeſſor in Onſe Univerſiteyt tot Leyden, hoe dat hy Suppliant bereyds beſig was met *alle ſijne Werken, ſoo bereyds by hem uytgegeven, als die hy nog onder handen hadde*, in folio, of eenig ander bequaam formaat by den anderen te laaten drukken, en nademaal den Suppliant beducht was, dat eenige baatſoekende menſchen ſig niet ſoude ontſien van dit *geheele Werk of eenige ſtukken van dien* apart na te drukken, tot ſchade van den Suppliant, of van de geene, die hy daar toe ſoude mogen gebruyken; ſoo keerde den Suppliant hem ſelven tot Ons, verſoekende dat het Ons mogte believen hem Suppliant te gunnen Octroy en Privilegie om *alle ſijne Werken, of eenige deelen van dien*, in ſoodanige formaten en taalen als hem Suppliant zoude mogen goed dunken, in den voorſz. Onſen Lande alleen te laten drukken in den tijd van vijftien a twintig jaaren, met verbod aan een ygelijk om de voorſz. Werken, of eenige ſtukken daar van, ſonder des Suppliants conſent te mogen drukken, of elders buyten 's Lands nagedrukt zijnde in deſen Onſen Lande te brengen, of te verkoopen, op ſodanigen pœne tegen de Overtreders, als wy ſouden goed vinden tegens de ſelve te ſtellen. Soo is 't, dat wy de ſaake, en 't verſoek voorſz. overgemerkt hebbende, ende genegen weſende, ter bede van den Suppliant, uyt onſe regte wetenſchap, ſouveraine magt, ende Authoriteyt den ſelven Suppliant geconſenteert, geaccordeert, ende geoctroyeert hebben, conſenteren, accorderen, ende octroyeren hem mits deſen, dat hy geduurende den tijd van vijftien eerſt agter een volgende jaaren *alle de voorſz. ſijne Werken, of eenige deelen van dien*, in ſoodanige formaaten en Taalen, als hem Suppliant ſoude mogen goeddunken, binnen den voorſz. onſen Lande alleen ſal mogen drukken, doen drukken, uytgeven, en verkoopen, verbiedende daaromme allen, ende eenen ygelijken de voorſz. Wercken in 't geheel, of ten deele na te drukken, ofte elders nagedrukt binnen den ſelven onſen Lande te brengen, uyt te geven, of te verkopen, op verbeurte van alle de naargedrukte, ingebragte, ofte verkogte Exemplaaren, ende een boete van driehondert Guldens, daar en boven, te verbeuren, te appliceren een derde part voor den Officier, die de calange doen, een derde part voor den Armen der plaatſe, daar het caſus voorvallen ſal, ende het reſterende derde part voor den Suppliant, alles in dien verſtande, dat wy den Suppliant met deſen onſen Octroye alleen willende gratificeren tot verhoedinge van ſijne ſchade, door het nadrukken van de voorſz. Wercken, daar door in geenigen deele verſtaan den inhoude van dien te authoriſeren, ofte te advoueren, ende veel min de ſelve onder onſe protectie, ende beſcherminge eenig meerder credit, aanſien ofte reputatie te geven, nemaar den Suppliant in cas daar inne yets onbehoorlycx ſoude influeren, alle het ſelve tot ſijnen laſten ſal gehouden weſen te verantwoorden, tot dien eynde wel expreſſelijk begerende, dat by aldien hy deſen Onſen Octroye voor de voorſz. Wercken ſal willen ſtellen, daar van geen geabrevieerde, ofte gecontraheerde mentie ſal mogen maaken, nemaar gehouden weſen het ſelve Octroy in 't geheel en ſonder eenige Omiſſie daar voor te drukken ofte te doen drukken, en dat hy gehouden ſal ſijn een exemplaar van de voorſz. Wercken gebonden, en wel geconditioneert te brengen in de Bibliotheecq van Onſe Univerſiteyt tot Leyden, en daar van behoorlijk te doen blijken, alles op pœne van het effect van dien te verlieſen, ende ten eynde den Suppliant deſen onſen conſente, ende Octroye moge genieten, als naar behooren, laſten wy allen, ende een yegelijk die 't aangaan mag, dat ſy den Suppliant van den inhoude van deſen doen, laten, ende gedogen, ruſtelijk, vredelijk, ende volkomentlijk genieten, ende gebruyken, ceſſerende alle belet ter contrarie. Gedaan in den Hage onder onſen groote Zegele hier aan doen hangen den vijf en twintigſten Maart in 't Jaar onſes Heeren en Zaligmakers ſeven tien hondert en tien.

A. Heinsius. vt.

Ter Ordonnantie van de Staten

Simon van Beaumont.

Het regt van het voorſtaande Privilegie *met den aankleven van dien, hebbe ik ondergeſchreven gecedeert aan* Johannes vander Linden, den Jongen, *Boekverkoper tot Leyden, op den* 27. *April* 1713.

was getekent

Gerard Noodt.

AUT 131(330

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google